



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة دمشق
كلية الحقوق

أملية في

القانون المدني

العقود المسماة (عقد البيع)

تأليف

الدكتور محمد غانم يوسف

الدكتور جودت هندي

الأستاذ المساعد في قسم القانون الخاص

الأستاذ في قسم القانون الخاص

مقدمة

قانون العقود الشائعة، يسمى بشكل عام "قانون العقود المسماة"، هو وسيط صحيح بين النظرية

العامة للعقد والعقد الخاص أو المسمى. إنَّه ينتمي إلى مجموعة، لكن كل عقد خاص هو نوع.

وهكذا تُعرَّف على أنها عقود مسماة، ويثار حولها أربعة أسئلة:

١ ما هي الروابط بين النظرية العامة للالتزام والعقود المسماة؟

٢ ما هو الغرض من العقود المسماة؟

٣ ما هي مصادرها؟

٤ كيف تصنف هذه العقود المختلفة؟

الروابط بين العقود المسماة والنظرية العامة

يتعلق هذا النوع من العقود الخاصة أو ما يطلق عليها في القانون المدني السوري بالعقود المسماة،

بالنظرية العامة، كما يُعد تكملة ضرورية لها. تتبنى العقود المسماة النظرية المجردة العامة للعقد في كثير

من المواقع. كما أن العلاقة بين النظرية العامة والعقود المسماة قد تطورت بحيث اكتسبت العقود المسماة

أهمية عملية كبيرة.

سنقوم بدراسة التطور الذي شهدته العقود المسماة بالتفصيل من خلال هذه النقاط الثلاث.

§ ١. النظرية العامة للعقد

النظرية العامة للعقد، وهي نفسها جزء من النظرية العامة للالتزام (التي تتعامل إلى جانب العقود

مع المسؤولية المدنية وشبه العقود)، تضع القواعد المشتركة لجميع العقود: ملخص يحدد المبادئ التي

تتطبق على أي عقد مهما كان نوعه. الفصل الاول من الباب الاول من القانون المدني السوري والذي

يقابله العنوان الثالث من الكتاب الثالث من القانون المدني الفرنسي المتعلق بـ "مصادر الالتزام" في المواد

٩٢ وحتى المادة ٣٨٥ من الكتاب الأول من القانون المدني السوري والتي يقابلها في المواد ١١٠١ إلى ١٢٤٧-١٧ من القانون المدني الفرنسي، والتي خضعت لتعديل جذري بموجب المرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ المؤرخ في ١٠ شباط ٢٠١٦، ينظر بشكل مجرد في تكوين العقد وتفسيره وآثاره.

مثال: تنص المادة ١١٢٨ مدني فرنسي على إنه يشترط لصحة العقد أن تتوفر الأركان التالية: رضا الأطراف، وأهليتهم على التعاقد، ومحتوى قانوني معين، بالمقابل فإن المواد من ٩٢ إلى ١٣٨ قد اشترطت بالإضافة إلى الشروط السابقة في القانون الفرنسي أن يكون هناك سبب مشروع للالتزام وهو ما استغنى عنه القانون الفرنسي في نصه الجديد بعد التعديل الأخير. كما ان النصوص المتعلقة بالبيع ستشترط كما سنرى في مكانه: رضا المشتري والبائع، الاهلية والصفة في بعض البيوع: على سبيل المثال حظر البيع بالمزاد لقضاة الموضوع الذين فصلوا في موضوع الدعوى محل النزاع.

لذلك فإن الاحكام الخاصة بالعقود المسماة ليست إلا قواعد مكملة للأحكام التي جاءت عليها النظرية العامة للالتزام: المادة ١١٠٥ مدني فرنسي مثلاً تؤكد هذه القاعدة إذ تنص على انه: "القواعد الخاصة بعقود معينة موضحة في الأحكام الخاصة بكل منها ...". وهو ما نجده في الكتاب الثاني من القانون المدني الذي يضع أحكام خاصة ببعض العقود الأكثر شيوعاً ويبدأها بعقد البيع في المادة ٣٨٦ منه.

الأحكام الخاصة بالعقود المسماة هي قواعد تابعة ترتبط بشكل مباشر بمحل العقد ومضمونه وعلى التصرف الذي تحكمه، في حين أن قواعد النظرية العامة للالتزام هي قواعد مجردة عامة: مثال: ستكون هناك عقود مسماة تتعلق بالبناء من خلال عقود المقاولة العقارية: عقود التطوير عقاري، للمهندسين المعماريين، للشركات، لبيع المباني التي سيتم بناؤها، لبناء منازل فردية. هناك عقود ائتمان خاصة: حساب جاري، حساب إيداع، قرض.

كل شيء يحدث، كما لاحظ العميد Cornu، كما لو أن كل شخص يوقع نوعاً معيناً من العقود يتكيف مع احتياجاته. لذلك يمكن القول أن، هذه العقود المسماة ليست عقوداً عامة نموذجية: إذ لا يشترط أن تتطابق أحكام عقود المقابلة جميعها مع بعضها البعض فكل عقد يتميز عن الآخر بحسب مضمونه وإرادة الطرفين في العقد.

لذلك يمكن تقسيم الاحكام النازمة للعقد في ثلاث مجموعات من القواعد:

١ النظرية العامة للعقود (تنطبق على جميع العقود).

٢ قواعد العقود المسماة (نوع العقد يحدد أحكام معينة بشكل عام).

٣ العقود الفردية (شروط محددة من قبل الأطراف).

وبالتالي فإن العقود المسماة هي وسيطة بين النظرية العامة والعقود الفردية.

دراسة العقود المسماة هي دراسة عملية: فهي تحدد نظام كل نوع من العقود. يقال إن هذه العقود "مسماة" لأن القانون أو العرف ينظمها بدقة: البيع، الإيجار، المقابلة. في الواقع، سيكون من الأفضل التحدث عن قانون العقود الخاص لأن العقود ليست خاصة، ولكنها منظمة بشكل خاص. بغض النظر عن المصطلحات، فإن قانون العقود الخاصة هذا فيما يتعلق بالنظرية العامة للالتزام هو قانون مكمل وتابع.

§ ٢. تطور العلاقة بين العقود الخاصة (المسماة) والنظرية العامة

تطورت العلاقة بين النظرية العامة وتلك الخاصة بالعقود المسماة عبر التاريخ.

في القانون الروماني، تم الاعتراف أولاً بالعقود المسماة لأن القانون الروماني كان إجرائياً في الأساس: فقد عرف سلسلة من الإجراءات القانونية: إجراءات القانون أو الإجراءات البريتورية، كل منها له مصدر ومحل من أجل عقد محدد. لذلك كان المبدأ هو "عقد واحد، إجراء واحد" وتختلف اللوائح باختلاف

نوع العقد. ولم يكن يعترف على العقود التي ليس لها إجراءات محددة وبالتالي لم يكن هناك قواعد ناظمة للعقود غير المسماة ولم تكن تتمتع بالقوة التنفيذية.

تم التخلي عن هذا المفهوم مع نظام استقلالية الإرادة والحرية التعاقدية: نظرًا لأن إرادة الأطراف هي أساس كل التزام، فيمكنها تعديل محتوى العقود والقواعد الخاصة بكل عقد لها أهمية ثانوية وتفسيرية من حيث المبدأ. إنها تجمع بشكل أساسي القواعد التكميلية التي يمكن للإرادة وضعها جانبًا. النظرية العامة لها الأولوية على القوانين الخاصة لأن هناك حقًا عامًا للعمل معترفًا به لأي طرف متعاقد: "حق، إجراء".

بعد ذلك، تم تخفيف هذا المفهوم في حد ذاته لأن تطور التدخل وتعدد القواعد الإلزامية أدى إلى تراجع الحرية التعاقدية، فنحن نشهد انتشارًا للعقود الخاصة (البيع، الإيجار، الشراء للتأجير، التأجير، التبادل، التفويض، الضمان، الرهن، الشركة، التأمين، إيجار البناء، إيجار العقارات، الوكالة، العمل، عقود النشر ...).

هذا التنوع في العقود المسماة يدفع بالنظرية العامة إلى الوراثة بحيث أصبح تدريسها، الذي كان يُعد ضروريًا في بداية القرن العشرين، ثانويًا. ولذلك فإن تعبير "العقود الخاصة أو المسماة" مضلل: فهي ليست مسألة عقود معينة بل تتعلق بالعقود العرفية الأكثر استخدامًا والأكثر شهرة.

ومع ذلك، فإن اعتماد التعديل الفرنسي رقم ٢٠١٦-١٣١ المؤرخ ١٠ شباط ٢٠١٦ يعيد فتح باب المناقشة لأن هذا المرسوم يتضمن أحكامًا عامة تنطبق على جميع العقود التي لها تداعيات على بعض العقود المنظمة بشكل خاص. وبالتالي، فإن الأحكام المتعلقة "بالممثل القانوني" في النظرية العامة للعقد لها تأثير على أحكام عقد الوكالة وستؤدي بالاجتهادات القضائية المتعلقة بهذا العقد إلى تضمين القواعد العامة والاعتماد عليها في حكم العقد (الأهلية، على سبيل المثال). على العكس من ذلك، يعتمد التعديل على الأحكام الخاصة بالعقود المسماة التي تصبح هي نفسها أحكامًا عامة. لاحظ الفقهاء، على سبيل

المثال، أن "البطلان الجديد لعقد نتيجة تعسف أحد أطراف العقد في شروط العقد مستفيدا من موقعه المسيطر هو عبارة عن خليط بين المواد L. 420-2، al. 2، و L. 442-6، ا، ١ ° من القانون التجاري وقانون المنافسة وعقوبة إساءة استغلال موقف متحكم من قبل أحد الأطراف في قانون حماية المستهلك " ^١

§ 3. الخلط الناتج عن بعض الأحكام التفصيلية بين النظرية العامة للالتزام والأحكام الخاصة بالعقود المسماة . ^٢

يبدو من الصعب استبعاد القانون العام أو النظرية العامة للالتزامات لمجرد وجود قواعد محددة، حتى بالنسبة للقوانين الأكثر حداثة والذي يتمثل بالقانون الفرنسي اليوم. هذا أمر حساس بشكل خاص عندما تصبح هذه الأحكام العامة أكثر حماية من الأحكام الخاصة: وهكذا، على سبيل المثال، المادة L. 441-8 من القانون التجاري الفرنسي تسمح بإعادة التفاوض على العقود المتعلقة بالمسائل الزراعية أو الغذائية وبالتالي أصبحت الحماية المكرسة في هذه المادة أقل بكثير مما هي عليه من المادة الجديدة ١١٩٥ من القانون المدني الفرنسي. لذلك لا ينبغي منع المزارعين من الاحتجاج بنص القانون المدني الذي ينص على الأحكام العامة. سيتعين على الاجتهادات القضائية حل هذه المشكلة، التي ظهرت في مناسبات عديدة.

¹ H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, Rev. trim. dr. civ. 2016, p. 247.

² V.P-Y Gautier, Peut-on avoir confiance dans la réforme ? RDC 2015, p. 666 ; N. Balat, Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? D. 2015,699.

الباب الأول

ماهية العقد المسمى

بدأت العقود في العهد الروماني تكون شكلية، وأصبحت محاطة بمجموعة من القواعد، ولكن مع تطور الحياة والمعاملات في تلك الفترة نشأ مجموعة من العقود أصبح لها تقنياتها الخاص وقواعدها الخاصة التي يمكن أن يعتد بها أما المحاكم وهو ما يسمى اليوم بالعقود المسماة خلافا للعقود غير المنصوص عليها بنص خاص وقواعد خاصة والتي لا يمكن الاعتداد بها أمام المحاكم ويقتصر الالتزام فيها على ما نص عليه الطرفين واتفقا عليه. في العصر الحديث استمر مفهوم العقود المسماة مع توسع كبير في العقود التي نظمها المشرع ليشمل أكثر التعاملات شيوعا بين الافراد من البيع إلى الايجار والوديعة والمقاوله والشركة ولكن بقي هناك أنشطة لم تشمل بأحكام خاصة ويطلق عليها العقود الغير المسماة مثل عقد النزول في فندق او العقد بين مدير المسرح والممثلين، الذي من الممكن أن يتحول إلى عقد مسمى بأي لحظة بمجرد تناوله بنصوص خاصة من قبل المشرع كما حدث مع عقد النشر وعقد التأمين. لا بد من الإشارة هنا أن العقود الغير مسماة تخضع من حيث التكوين والأثار والالتزامات إلى القواعد العامة المنصوص عليها في نظرية العقد.

الفصل الأول. الإطار القانوني للعقد

نتناول في هذا الباب تعريف العقود المسماة وتطورها التاريخي ومن ثم ننتقل لدراسة عقد البيع في

الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي ثم القانون السوري وذلك في الفصل الأول، ثم ننتقل إلى دراسة بعض

أنواع البيوع.



المبحث الأول. تعريف العقود المسماة

المطلب الأول. تصنيف العقود

لتحديد ما إذا كان العقد مسمى أم لا، لا بد من تكييف العقد وهو عمل يطلع به القاضي إذا ما عرض عليه العقد في معرض نزاع ينشأ بين أطراف العقد حول شروط تنفيذه أو نفاذه فيقوم القاضي من أجل تكييف العقد بتفسير إرادة المتعاقدين.

على أن العقد مسمى أو غير مسمى قد يكون بسيطاً غير معقداً إذا لم يكن خليطاً من مجموعة عقود كالبيع والعارية والإيجار. لكن إذا اشتمل التصرف على أكثر من عقد امتزجت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً، وسمي عقداً مختلطاً، كالعقد بين صاحب الفندق والنزيل فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة للمسكن وبيع بالنسبة للمأكل وعمل بالنسبة إلى الخدمة ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة، وكذلك مدير الشركة الذي يتولى إدارتها ويكون وكيلها عنها، فيمتزج عقد العمل لعقد الوكالة. ويطبق على هذا العقد أحكام العقود المختلطة التي يتألف منها ما لم تغطي عناصر أحد العقود على الآخر فيكيف الالتزام بحسب هذا العناصر وتطبق أحكام العقد الذي تبين أن عناصره هي الأقوى.

بالإضافة إلى تصنيف العقود بسيطة ومعقدة يمكن تصنيف العقود أيضاً بحسب موضوعها، ذهب بلانيول (Marcel Planiol) إلى القول أن العقود جميعها مسماة وغير مسماة يمكن حصرها في طوائف محدودة، ذلك أن محل الالتزام إما أن يكون شيئاً أو عملاً أو حقاً، والملتزم بموجب عقد إما أن يأخذ مقابلاً لما أعطى وإما ألا يأخذ، فإذا كان المحل ملكية شيء ولم يأخذ الملتزم مقابلاً فالعقد هبة، أما إذا أخذ مقابلاً فالعقد بيع أو مقايضة، ويكون وفاء بمقابل إذا كان المقابل ديناً، ويكون عقد شركة إذا كان المقابل حصة في شركة. أما إذا كان المحل هو مجرد الانتفاع بشيء، ولم يأخذ الملتزم مقابلاً فالعقد عارية، وإذا أخذ مقابلاً فالعقد إيجار أو قرض بفائدة، وقد يكون المقابل ذاته مجرد انتفاع فيكون العقد

مقايضة انتفاع بانتفاع كما كان مقايضة ملك بملك. اما إذا كان محل العقد عملا، وكان بغير مقابل فقد يكون العقد وكالة غير مأجورة أو وديعة غير مأجورة أو خدمة ما غير مأجورة اما إذا كان بمقابل وهو الغالب فقد يكون عقد ايجار عمل أو عقد استصناع أو عقد شركة أو وكالة مأجورة أو وديعة مأجورة. قد يكون المحل حقا عينيا او شخصا ويجوز دائما أن يكون بمقابل أو من دون مقابل، كما يمكن أن يكون محل العقد نقل حق أو قد يكون محله رهن الحق ضمانا للدين، أو النزول عن الحق نزولا طليا او جزئيا بمقابل أو من غير مقابل من خلال تصنيف بلانيول يمكن استخلاص تصنيف للعقود إلى عقود تنصب على الملكية وعقود تقع على المنفعة وعقود ترد على العمل. في مكان آخر يمكن القول بأن هناك عقود احتمالية ترد على العمل يميز هذه العقود أنها تدور على مجرد احتمال قد يتحقق وقد لا يتحقق. كما يضيف القانون المدني تصنيف هي عقود الكفالة إذا هو ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة ويجب أن ينفصل عن الضمان العيني وهما عقد الرهن التأميني وعقد رهن الحياة.

حتى يكون هناك عقد مسمى، بحيث يكون هناك مجموعة من القواعد التي تنطبق على نوع من العقود: هذا الأخير يجب إدخاله في فئة معينة، يجب أن يكون مسمى وبالتالي، تُسمى العقود الخاصة. عموماً بموجب القانون (والذي من الواضح إنَّه يستند إلى الممارسة)³ هناك إصرار على مفهوم العقد المسمى⁴.

عملية التكييف في العقود المسماة أمر أساسي كما أشرنا. يجب تحديد الفئة التي ينتمي إليها العقد لمعرفة القواعد الواجبة التطبيق والنظام الذي يخضع له العقد. ويكون التكييف تحت رقابة محكمة

³ Sur la relativité de la distinction entre contrats nommés et innommés : Antonmattéi/Raynard, n°4.

⁴ Malaurie/Aynès/Gautier, n°3 : « un contrat innommé est un contrat qui ne fait l'objet d'aucune réglementation spéciale légale ; mais il peut avoir en fait un nom » donné par la pratique. Ex. : contrat de sponsoring.

النقض (باعتبارها مسألة قانون)، وعلاوة على ذلك لا يتقيد القضاة بالتكيف المعطى للعقد من قبل الطرفين .

هذه الاستقلالية لإرادة القاضي في تكيف العقد ستساهم بالتقليل من الاحتيايل الذي يمكن ان يلجأ إليه الأطراف في تكيف عقودهم وذلك للتهرب من التزاماتهم. يمكن أن يتيم ذلك في العقود الأكثر بساطة (خاصة عندما يتم تحديد العناصر الأساسية للعقد في القانون . كذلك العقود الأكثر تعقيداً^٥ :

- شراء نظام تكنولوجيا معلومات معقد + تدريب الموظفين على استخدامه + صيانتة ؛

- عقد اشتراك الهاتف المحمول ؛

- بيع مبنى سيتم انشاؤه...

العقود الهجينة او المركبة، ما الحل الذي يجب اتباعه لتكييفها ومعرفة النظام الذي يحكمها؟

- إما " تقسيم " العقد " أي تكيف مركب أو مختلط. لم يتم تشجيع هذا الرأي.

مثال

- التبرع المخفي بعقد بيع: يندرج تحت قواعد البيع بالشكل وقواعد التبرع بالمضمون.

- أو التكيف الحصري مع مراعاة العنصر الأساسي - الالتزام الأساسي والمنتج - للعقد ، وفقاً للاتباع الرئيسي للملحق .

مثال

- عقد نقل أثاث من مكان إلى آخر حيث يُعد التعامل مع الأثاث على إنه أساسي مقارنة بالنقل.

إذا يمكن القول على إنه عقد مقاوله لأن موضوع العقد لا يقتصر على نقل الأثاث، لذلك لا يكيف العقد على إنه عقد نقل^٦.

^٥ المادة ١٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي

^٦ الإيجار، المادة ١٧٠٩ من القانون المدني الفرنسي

المطلب الثاني. موضوع العقود المسماة

موضوع العقود المسماة يتطور بشكل متسارع. وذلك وفقاً للممارسة المهنية. بعض العقود تصبح غير صالحة للاستخدام بينما يتم إنشاء عقود جديدة عن طريق الممارسة. إنَّه حق بطبيعته ملموس ومتطور " على الأرض"، محكوم عليه أن يَتَمَّ ترميمه بشكل مستمر وفقاً للاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية الجديدة.

وقد انعكس ذلك في المقام الأول من خلال تطوير العقود، مثل عقود النقل أو التأمين أو العمل، بحجم لم يكن بإمكان واضعي القانون توقعه.

أما العقود المسماة في القانون المدني والتي كانت معتادة ومتعارف عليها منذ فترة طويلة ويتم التمييز بينها على أساس أهميتها بين العقود الكبيرة (البيع، الإيجار، الأعمال) و العقود الصغيرة (القرض، الإيداع، التفويض، المعاملة، وما إلى ذلك لأنها تُعدُّ محدودة من حيث انها مرتبطة بالعلاقات الأسرية أو الصداقة، وبالتالي تتميز بالمجانبة والثقة الشخصية ؛ خصائص كان لها تأثير مباشر، عند تطوير القانون على نظام هذه العقود، بالمقابل أن النمو الحقيقي لحاجات المجتمع تطلب إنشاء عقود جديدة وحلول مفاهيم جديدة التساهل في شروط تنفيذ المسؤولية، وتقييد أسباب إنهاء الالتزام، لا سيما فيما يتعلق بالإحالة^٨.

⁷ JP constante. En dernier lieu, Com., 1^{er} avril 2003, B. 52 ; RDC 2003, 137, Delebecque. Ce n'est pas toujours le cas : Com., 10 mars 2004, B. 46 : la qualification de contrat de transport l'a emporté car le déménageur ne devait que prendre plusieurs caisses et palettes et les emporter en un autre endroit.

⁸ Carbonnier, *Variations sur les petits contrats*, in *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 339 et s.

لكن مع ظاهرة الاحتراف وتسويق العقود، "العقود الصغيرة تنتقم الآن"^٩ فالقرض البنكي مثلاً، المودعين والوكلاء المهنيين، يستخدمون اليوم هذا القرض لكي يرافق عقود العمل الكبيرة الخاصة بهم. هذا ما جعل هذه العقود المصنفة صغيرة قديماً في قلب الحياة الاقتصادية اليوم.

في الآونة الأخيرة، ظهرت العقود الجديدة كليا، والعقود المكيفة كلاسيكياً مع اللاحقة NG بسبب أصلها الأمريكي: الإيجار التمويلي leasing، والعمولة factoring، والامتياز franchising والهندسة engineering، تأجير أشياء معقدة مثل أجهزة الكمبيوتر renting، الرعاية الإعلانية sponsoring.

واليوم، تلعب أنشطة الخدمات مثل عقد الشركة والوكالة دوراً أساسياً. وهذا يفسر أيضاً أهمية الاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر قانون العقود المسماة، والتي تلعب دوراً مميزاً في التكيف القانوني للعقد مع الأحداث الاقتصادية والاجتماعية.

في القانون الفرنسي لعام ١٨٠٤، فضل مؤلفو النظرية العامة للعقود (انتصار مفهوم الرضائية للكنتيين على الشكلية المتبعة بالقانون الروماني) ولكن، براغماتياً، اختاروا أيضاً تضمين أحكام خاصة^١ في القانون بعقود معينة: البيع، المقايضة، الإيجار، الشركة، القرض، الإيداع والضمان، العقود الاحتمالية، الوكالة والمقاصة^١ قائمة مستوحاة إلى حد كبير من القانون الروماني.

بالمضمون. بالرغم أن قانون العقود المسماة، في نظر الفقه، له نفس أهمية القانون المدني العام – إلا أن دراسته يجب أن تعمل قبل كل شيء فقط لتوضيح النظرية العامة – ولكن لأنهم، براغماتيين، كانوا على دراية بالحاجة إلى منح الأطراف المتعاقدة في العلاقة العقدية مجموعة كاملة من القواعد التي

^٩ Antonmattéi/Raynard, n°9.

^١ أنور سلطان: العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، د. ط. سورية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥ م. ص ١٩.

444 articles en tout.^١

تحكم الاتفاقيات الأكثر شيوعًا بشكل افتراضي. وبذلك، أصبح القانون المدني المصدر الرئيسي لقانون العقود الخاصة الكتاب الثالث، عناوين من السادس إلى السادس عشر .

وهذا يعني، بمفهوم المخالفة، أن القانون المدني لم يدع قط إنه يتضمن كامل القواعد المطبقة على مختلف العقود:

- مبدأ الحرية التعاقدية تعطي الإمكانية من الناحية العملية - في المجال المدني والتجاري - لإنشاء العقود الجديدة التي يحتاجها الأفراد في هذه المجالات لنشاطهم حسب الرغبة.
- التطور ممكن بفضل النظرية العامة للعقود: يمكن للممارسة التخلص من القواعد المحددة لقانون العقود الخاصة لأنها وجدت في النظرية العامة التنظيم الكافي.
- التغييرات التي قبلها واضعو القانون المدني: المادة 1107 كانت واقعية دائمًا ، لم يتظاهر واضعوه أبدًا بتضمين كل قانون العقود الخاصة في المدونة وحدها^١.
- في عام ١٨٠٤، تم الاعتراف بمصدرين لقانون العقود المسماة: القانون المدني والتطبيق العملي.
- ولكن بعد ذلك:

♦تواكبت الأنظمة الخاصة خارج القانون المدني لتنظيم العقود الجديدة النشأة.

تنظيم العقود غير المسماة من قبل التشريع أصبح على نحو متزايد ووفير، وأكثر دقة، كما يمكن القول إنه أكثر خصوصية، وفي كثير من الأحيان غير مدون مما يرتب تشتته وانتشار مصادره بين احكام قانون العقود الخاصة على تعددها. يضاف إلى كل هذا وجود اتفاقية ناظمة للبيع الدولي للبضائع،

^١ (المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي)

J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, in J.-E.-M. Portalis. *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 21, spéc. p. 54 : « En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins. Il n'y a point de législation dans ce monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles. De là, une foule de contrats connus, dans les lois romaines, sous le titre de contrats innommés. »

ألا وهي اتفاقية فيينا لعام ١١ نيسان ١٩٨٠، التي دخلت حيز النفاذ في ١ كانون الثاني ١٩٨٨ بالرغم من أنها كانت ذات تطبيق محدود^١. ولكنه توسع بموجب القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة الاولى في ٢٥ تشرين الاول ٢٠٠٥^٢، الذي حكم ان *إن اتفاقية فيينا المؤرخة ١١ نيسان ١٩٨٠ (...)* ملزمة للقاضي الفرنسي الذي يجب أن يطبقها ما لم يتم استبعادها، حتى ضمناً، وفقاً للمادة ٦، بمجرد وضع الأطراف أنفسهم تحت حكم قانون معين غير الاتفاقية^٣.

بالنتيجة فإن تراجع في النظرية العامة للالتزامات في حكم مجال العقود كما أصبحت حصة القانون المدني بقواعده العامة أكثر فأكثر هامشية.

Chroniques de JP de Witz au Dalloz. J.-M. Jacquet, *Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources*, Mlges Ph. Kahn, Litec, 2000, p. 75.

RCDIP 2006, p. 373, note crit. D. Bureau ; D. 2005, AJ, 2872, Chevrier ; RDC 2006, 515, Deumier ; RTDC 2006, p. 268, Rémy-Corlay ; D. 2007, 533, Witz ; RTDCom. 2006, 249, Delebecque.

Cl. Witz, *L'exclusion de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties*, D. 1990, Chron., 107.

المطلب الثالث. خصائص قانون العقود المسماة

تكشف القواعد من خارج القانون المدني النازمة للعقود الخاصة الحديثة عن تطور آخر في قانون العقود المسماة من الشمولية، قد أصبح اليوم أمراً ضرورياً. والسبب يعود إلى العصر الليبرالي الذي جاء بعد زمن الأزمات التي افتتحتها الحرب العالمية الأولى والتي لم تتجو منها أيا من النظم القانونية السائدة بشكل فعلي. أزمة العملة مع التضخم، أزمة الإسكان بسبب الدمار والإيجارات المتزايدة بسبب التحضر الضخم... ثم ظهر التدخل الاقتصادي مع آثاره القانونية من تطوير التشريعات لتحقيق أهداف معينة، تُعدُّ ضرورية:

- حماية التعاقد المفترض ضعيفاً ضد شريكه. بالطبع نفكر على الفور في قانون حماية المستهلك الذي تطور من السنوات ١٩٦٠-١٩٧٠ ويتم تجميعه الآن في قانون حماية المستهلك والذي يزعج نطاق العديد من العقود (البيع، القرض، الأعمال) ولكن قبل أن يهتم المشرع بمصير المستهلك بوقت طويل، تدخل وفقاً لنفس منطق الحماية، لصالح المستأجر، سواء كان إيجاراً تجارياً أو إيجاراً سكنياً؛ الموظف أو المؤمن عليه.

- حماية المنافسة الحرة وغير المشوهة ؛

- حماية قيم معينة تُعدُّ أساسية (عدم التمييز ، احترام الحريات الفردية ، إلخ).

وبالتالي، فإن دراسة العقود المسماة هذا مرتبط بوظيفتها:

أولاً. مجموعة من القواعد التكميلية التي تهدف إلى ضمان الأمن وسرعة التجارة، وهي اليوم أداة للسياسة الاقتصادية والاجتماعية .

ثانياً. الربط بين قيمة الوظيفة وقيمة المصادر: هذه القواعد الجديدة ليست موجودة في القانون

المدني، والتي تتكون، كما نعلم، بشكل أساسي من القواعد التكميلية من جهة والقواعد المجردة من ناحية

أخرى، في أنهم يفترضون المساواة بين المتعاقدين بغض النظر عن وضعهم الاقتصادي. تغيرت روح القوانين ومعها محتواها وعناصرها: القانون المدني بقواعد شاملة وعامة ودائمة (مستقرة) أفسح المجال بشكل منطقي للقوانين الآمرة والخاصة والمتغيرة بسبب الظروف.

وقد أدى تدويل مصادر القانون إلى إبراز هذا التطور فقط .

ثالثا. فرط تخصيص قانون العقود المسماة، أي تقسيم أكثر العقود شيوعاً إلى مجموعات فرعية متعددة يتم تشكيلها وفقاً لفروق ضيقة بشكل متزايد تتم وفقاً لموضوع العقد أو شخص المتعاقد .بعض المؤلفين يتحدثون عن عقود خاصة للغاية.

وبالتالي، لم يعد بإمكاننا التحدث ببساطة عن البيع ولكن عن البيع الداخلي أو الدولي، المنقول أو غير المنقول، للمباني التي تم تشييدها أو المباني التي سيتم تشييدها، ما يتم بناؤه للاستخدام السكني أو المختلط (القطاع المحمي الذي تكون القواعد القانونية من أجله من النظام العام) والمباني الأخرى في مناطق المدنية أو الريف، كذلك نفرق بين مباني المدينة في المناطق المحررة المنظمة أو خارجها ... بالنسبة لعقد الإيجار، يجب علينا اليوم التمييز بين الإيجار التجاري والإيجار السكني والإيجار المهني. تم تجاهل قواعد القانون المدني المتعلقة بالوكالة الآن لصالح قوانين خاصة ببعض الوسطاء، مثل وكالات السفر أو الوكلاء التجاريين أو وكلاء العقارات.

كما فقد نظام عقد العمل تجانسه الأصلي بسبب الخصوصية الملحوظة لعقود البناء. تختلف القواعد المطبقة على القروض الاستهلاكية اعتماداً على ما إذا كان محل العقد منقولاً أم غير منقول.

ناهيك عن عقد النقل الذي تختلف قواعده حسب وسيلة النقل والطبيعة الداخلية أو الدولية للخدمة. كما تفكك النظام القانوني إلى أنظمة قانونية للعقود.

ظاهرة فرط تخصيص قانون العقود الخاصة التي نظر فيها Bruno Oppetit، في مقالة لا تزال مشهورة، باعتبارها واحدة من الأمثلة الرمزية على انحدار القانون" الميول التنازلية في تطور القانون المعاصر":¹

"القانون المدني الكلاسيكي النابع من قانون نابليون ، من خلال خضوع جميع العقود للقواعد العامة للنظرية العامة للالتزامات كان ينوي مخالفة القانون الروماني الذي كان حصرياً فقط بتنظيم العقود المسماة ؛ اليوم هو أقل بكثير مما كان عليه في القانون الروماني الكلاسيكي الذي نجد أنفسنا قد نطالب به لأنه لم يتم تطوير قانون العقود الخاصة بشكل كبير على حساب النظرية العامة فحسب ، بل إنّه حتى داخل كل نوع من أنواع العقود (البيع ، الإيجار ، الشركة عن اردنا الحديث فقط عن العقود الرئيسية) أن التفاضلات قد تضاعفت إلى ما لا نهاية وفقاً لطبيعة السلعة أو شخص المتعاقد وفقاً لظاهرة الشجرة التي تم إبرازها بشكل مثالي .النظرية العامة للالتزام، وبمفارقة غريبة، تحافظ اليوم فقط على الدور الضئيل المتبقي في تنظيم العقود الخاصة".

قانون العقود المسماة معقد للغاية، ومربك، ولا يمكن اعتماد معيار في تصنيفه وتحديده. لذلك كان رغبة عامة بالتقليل من التدخلات التشريعية، والتركيز على الاجتهادات القضائية ضمن اقتراح تطوير النظرية العامة للعقود المسماة¹.

وفرة القوانين المنظمة لحالات منظمة بالفعل بالإضافة إلى فرط التخصص أدى إلى إيجاد قائمة للعقود الخاصة مثيرة للدهشة بشكل خطير لأنها تتعلق بجميع العقود المسماة.

وبالنتيجة :تختلف قائمة العقود المدروسة من بحث لآخر .والسؤال كيف تختار العقود للدراسة؟

¹ Mélanges Holleaux, Litec, 1990, p. 317, spéc. p. 320-321.

Sur une éventuelle théorie générale des contrats spéciaux : **RDC 2006, Débats, p. 597 et s.** P. Puig, ¹

Pour un droit commun spécial des contrats, Mlges Jacques Foyer, Economica, 2008, p. 825.

الشيء الوحيد المؤكد، وهو ما يضيف الطابع الهام لهذه المادة أن العقود المسماة يمكن أن تكون إما مدنية أو تجارية (أغلب عناوين الكتب او المقررات الدراسية)، ذلك أن العديد من هذه العقود يمكن أن يأخذ هذا الطابع او ذاك، وعندما يكون تجارياً، يستمر العقد الخاص بالتركيز ولو بشكل جزئي أو بشكل رئيسي على القواعد المدنية الاصل : (مثال: البيع تجاري)

ثم تكون الاستبعادات شخصية:

- استبعاد العقود التجارية الحصرية لأنها تمت دراستها في مكان آخر (عقود التوزيع - الامتياز ، إلخ. - العقود المتعلقة بالمتجر (البيع، إدارة الإيجار)).
- عقد الشركة ؛
- العقود المتعلقة بتسوية المنازعات: اتفاقات التحكيم ، واختيار المحكمة.

المبحث الثاني. تعريف عقد البيع

عقد المقايضة الذي كان بداية الأساس في التعامل بين المتعاقدين قبل اكتشاف العملة النقدية بدأ يتلاشى شيئاً فشيئاً، حتى أصبح التعامل بموجبه قليلاً جداً، وقد أخذ واضعو التشريعات بتنظيم عقد البيع في تشريعاتهم، والتركيز عليه أكثر من عقد المقايضة، مع الإبقاء على تنظيم عقد المقايضة أيضاً في تلك التشريعات، لأنه يُعد الأساس المنشئ لعقد البيع، ولأن طبيعة عقد البيع وعقد المقايضة، توجد بينهما قواسم مشتركة، فلذلك لم يتم إلغاء تنظيم عقد المقايضة في تلك التشريعات المعاصرة، فأجد أن عقد البيع يختلف عن عقد المقايضة، بأنه يتم انتقال ملكية المال بثمن نقدي. أما المقايضة فتتم بمبادلة عين بعين ، وعلى وجه الخصوص بالأموال العينية، ويكون البحث بتطور عقد البيع في القوانين والتشريعات المختلفة.

سندرس في هذا المكان من الكتاب تعريف البيع في الشريعة الإسلامية وفي التشريع المقارن.

^١ جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية البيع والإيجار والمقاوله، ط ٢. الأردن، مكتبة دارالثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٧ م. ص ١

المطلب الاول. البيع في الشريعة الإسلامية

يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية البيع بأنه مبادلة مال بمال فيشمل غير البيع المقايضة والصرف. إذن لا يفرق الفقهاء بين البيع والمقايضة، وقد عرفته المادة ٣٤٣ من مرشد الحيران بأن "تمليك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمنًا للمبيع"، فالبيع في الشريعة الإسلامية إما أن يكون بيع مطلق أي بيع العين بالنقد، أو مقايضة، أي بيع العين بالعين، أو صرف أي بيع النقد بالنقد، أو سلم أي بيع الدين بالثمن.

يستفاد من هذا التعريف أن البيع ينقل الملكية بذاته ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية أو التزام بتسليم المبيع، ولذلك يلاحظ إنّه في الفقه الإسلامي قد أتى بتعريف يفيد نقل الملكية، وهو في ذلك قد تلافي النقد الموجه لبعض التشريعات الحديثة كالتعريف الوارد بالمادة ١٥٨ من التقنين الفرنسي القديم على ما سنراه.

غير إنّه يلاحظ على تعريف الشريعة الإسلامية للبيع إنّه لا ينطبق على بيع المثليات ولا على بيع الأشياء المستقبلية في الأحوال التي يجوز فيها هذا البيع لأن المثليات المبيعة لا تنتقل ملكيتها إلا بفرزها، ولأن الأشياء المستقبلية لا تنتقل ملكيتها إلا بعد وجودها، فلا يترتب على البيع في هاتين الحالتين سوى إنشاء التزام بنقل الملكية.

المطلب الثاني. تعريف البيع في التشريع المقارن

لقد وردت أحكام عقد البيع في القانون الروماني، باعتباره عقدًا رضائيًا، ينعقد بارتباط القبول بالإيجاب، دون أن يكون العقد ناقلًا للملكية، ومن ثم انتقلت أحكام عقد البيع إلى القانون الفرنسي حيث تم تعديلها.

الفقرة الأولى. تعريف عقد البيع في القانون الروماني

يُعد عقد البيع في القانون الروماني من العقود الشكلية، التي لا تنعقد بمجرد ارتباط القبول بالإيجاب، وذلك لأن العقد لم يكن ناقلًا للملكية المبيع إلى المشتري، وإنما كان ينشئ تعهدًا في ذمة البائع، هو تمكين المشتري من وضع يده على المبيع، والانتفاع به .

فبموجب القانون الروماني كان المبيع لا تنتقل ملكيته إلى المشتري، ولا يلزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، إلا إذا تم النص على ذلك في العقد بشكل صريح، مع إتباع بعض الإجراءات الشكلية التي كان يشترطها القانون لانتقال الملكية، ومنها الإشهاد على البيع أو التنازل القضائي عن المبيع، أو التسليم أو حيازة المبيع بالتقادم من قبل المشتري، لأن التزام البائع في العقد يمنعه من التعرض للمشتري، ويفرض عليه دفع تعرض الغير عن المشتري فلذلك كان البائع يستطيع استبقاء ملكية المبيع له، دون أن يلتزم بنقلها إلى المشتري.

فكان الضمان الذي يلتزم به البائع يقتصر على عدم التعرض للمشتري في المبيع، لذلك كان بيع ملك الغير صحيحًا في القانون الروماني، إذا كان البائع باستطاعته نقل حيازة المبيع إلى المشتري، دون أن يكون البائع مالكًا لذلك للمبيع، ودلالة ذلك أن المشتري يجوز له الاشتراط على البائع أن ينقل ملكية

^٢ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، ط ٢، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية. ١٩٩٨ م. ص ٢٣.

المبيع له، وكان مثل ذلك الشرط يُعد صحيحًا، لأنه من طبيعة البيع الذي يلزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وليس نقل الحياة له فقط.

فلا يجوز الاشتراط بعدم نقل ملكية المبيع للمشتري، لأن مثل ذلك الشرط يتنافى مع طبيعة البيع والتزاماته.

الفقرة الثانية. تعريف عقد البيع في القانون الفرنسي

يُعد عقد البيع النموذج الأصلي الذي يعمل كنموذج لجميع العقود الأخرى:

- أهم العقود المسماة المنصوص عليها في القانون المدني (الباب السادس ، الكتاب الثالث ،

المادة ١٥٨٢ إلى ١٧٠١)

-العقد الأكثر شيوعًا في الحياة الاقتصادية باعتباره العقد الفاعل بامتياز لتداول البضائع والثروة.

تضمن القانون الفرنسي القديم القواعد التي أخذ بها القانون الروماني، إلا أن القانون الفرنسي قد استبعد الإشهاد والتنازل القضائي، كإحدى الطرق لانتقال ملكية المبيع من يد البائع إلى المشتري، وأضافوا شرطًا جديدًا لانتقال الملكية، وهو التسليم الفعلي للمبيع، فلا تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، إلا إذا تم التسليم الفعلي للمبيع.

وعندما أدرك المتعاقدون أن الهدف من العقد هو نقل ملكية المبيع، من البائع إلى المشتري ألغوا اشتراط التسليم الفعلي، وأجازوا التسليم الصوري، واكتفوا بحدوث التسليم في عقد البيع وقد نادى بعض الفقهاء الفرنسيين بمبدأ انتقال ملكية المبيع، بمجرد التعاقد، مثل الفقيه كيرجون KAIRJON والفقيه آرغو ARGHOU، إلا إنه لم يتم الأخذ بآراء هؤلاء الفقهاء، وبقي عقد البيع عقدًا غير ناقل للملكية في القانون الفرنسي، فقد كان بيع ملك الغير صحيحًا في القانون الفرنسي القديم، لأن التزام البائع كان يقتصر على تمكين المشتري من وضع يده على المبيع، وعندما وضع قانون نابليون في ظل التشريع

الفرنسي الحديث، لم يتم إقرار وتبني الفكرة الرومانية القديمة في ذلك القانون، التي كانت تُعد أن عقد البيع غير ناقل للملكية، بمجرد انعقاده، فقد كان بيع ملك الغير يُعد باطلا بموجب قانون نابليون، لأن البائع ليس مالكا للمبيع، واعتبر قانون نابليون أن ملكية المبيع تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع.

فالبائع وفقا للقانون الفرنسي يتميز كذلك بالتزاماته الرئيسية ألا وهي وجود ثمن وشيء ونقل ملكية وذلك يكفي لوصف العقد بأنه بيع بمعنى أكثر وضوحاً فإنه لكي نقول إن هناك بيع فإنه لا يكفي وثن ونقل ملكية. وإنما يجب أيضا، objet مجرد وجود محل وأن يكون الثمن هو المقابل objet أن ينصب نقل الملكية على شيء لهذا المحل أو الشيء .^١

ووفقاً لمحكمة النقض الفرنسية ، فإن الالتزام الرئيسي للمشتري دائماً هو دفع الثمن ويترتب على ذلك تلقائياً أن غياب الثمن النقدي يعنى استبعاد وصف البيع عن العقد. ومن ناحية الالتزام الرئيسي للبائع فإنه يتمثل دائماً في نقل حق مالي والذي قد يكون حق عيني، حق شخصي أو دين أو حق معنوي. المادة 1582 الفقرة الاولى جاءت بتعريف قريب لما جاء في المادة 1583 الذي يشير إلى نقل الملكية. المادة 1582 تخطط بين نقل الملكية والتسليم أي الالتزام بالتسليم (تقليدياً، التسليم المادي للشيء^٢) ومع ذلك، التسليم غير ذو أهمية لتحديد عملية نقل الملكية ولكن من الناحية التاريخية، كان القانون الروماني والقانون القديم، يجعل من التسليم عنصراً أساسياً في نقل الملكية :بالنسبة لهذه القوانين لم يكن العقد منتجاً سوى الالتزام بتسليم البضائع بينما التسليم هو الذي كان ينقل الملكية.

² F. Terrè: Linfluence de la volonté individuelle dur la qualification, N. ٣٥٣ers. cité par G Hestein et Deschè.

² Civ. ١re, ١٢ oct. ١٩٦٧, Bull, Civ. I, no ٢٩٢, P..٢١٩

وذلك حتى لو كان المقابل الذي وعد به المتعاقد الآخر يتساوى نقدياً مع أغراض ضريبية، فإن هذه الخدمة لا يمكن أن تعتبر من قبيل

الثمن.

Tradere : transmettre.^٢

يجب أيضًا إضافة إنَّه لا يمكن الدفع في إطار عقد بيع إلا بواسطة مبلغ من النقود. يؤدي الدفع العيني أو عن طريق خدمة إلى استبعاد التكييف القانوني لعقد البيع: ويكون العقد في هذه الحالة *sui generis*^٢.

ومن ثم: العقد الذي يتم من خلاله نقل الملكية على شيء أو حق مالي مقابل دفع مبلغ مالي، يسمى الثمن. ثلاث عناصر أساسية في عقد البيع: سلعة، ثمن، نقل الملكية. مما يجعله بالضرورة عقدًا من عقود المعاوضة الملزم للجانبين وبمقابل وناقل للملكية. وهو أيضًا في المبدأ عقد رضائي المادة ١٥٨٢ الفقرة الثانية ويستثنى من الرضائية الفقرة العاشرة من المادة نفسها. كما إنَّه عقد محدد من حيث المبدأ (ولكن قد يكون احتماليا أو جزافيا، المادة ١١٠٤ الفقرة الثانية: راتب سنوي).

البائع والمشتري؛ إذا كان الشيء غير ماديا، فإننا نتحدث عن حوالة (المحيل / المحال إليه). ومن المفارقات، ان المشرع تجاهل العقود المسماة في إطار تعديل نصوص القانون المدني. بالنسبة لهذه العقود، أصبح المصدر الأساسي الاجتهادات القضائية التي اضطرت للجوء إلى التكييف مع النصوص التي تعود إلى مئتي سنة بالقدم أي عفي عنها الزمن بالنسبة للبعض ومن هنا كانت الحاجة الراسخة لإعادة التدوين المدني لقانون العقود الخاصة^٢. ولكن ما هي العقود، والقواعد التي يجب تضمينها في القانون المدني الجديد؟؟؟ ووفقا لأي معايير؟

Mais la JP n'est pas toujours aussi claire : pour la qualification de contrat de vente : Civ. 3^{ème}, 9^{ème} décembre 1986, B. 177. Civ. 1^{ère}, 20 février 2008, B. 56 ; D. 2009, 276, L. Saenko ; RDC 2009/2, p. 549, Bénabent : vente imm. en échange de services ; qual° de vente rescindable alors pour vil prix (mais le pourvoi ne portait que sur le rejet de la qual° de bail à nourriture et non sur la qual° positive de vente).

² G. Lardeux, *Le droit civil hors le Code civil. Les contrats spéciaux*, LPA.

الحل الأكثر ابتكارا الذي تم اقتراحه في هذا الصدد هو حل ^٢ A. Bénabent ، الذي يوصي بعدم الإشارة إلى طبيعة العقد وإلى موضوع الالتزام من اجل تطوير الأنظمة والقواعد العامة العابرة لكل العقود الحديثة.

وبالتالي، بدلاً من عقد البيع والمقاولة وعقود الوكالة وما إلى ذلك، سنرى التزامات نقل الملكية والحيارة والخدمة والدفع ... التي سيكون نظامها مطابقاً بين العقد والآخر، باستثناء مراعاة عوامل معينة واخذها بعين الاعتبار، مثل نموذج العقد وشكله وجود أو عدم وجود مقابل وصفة المهنيين أو الأشخاص العاديين بين المتعاقدين.

في الآونة الأخيرة ، القانون عدد ١٣١ لسنة ٢٠١٦ لديه منطقياً تأثير على قانون العقود الخاصة. القرار المصادق عليه بالقانون رقم ٢٠١٨-٢٨٧ في ٢٠ نيسان ٢٠١٨ والذي دخل حيز التنفيذ في ١ تشرين الاول ٢٠١٨:

الاعتراف باثنين من العقود المسماة مع ظهور أولي لنظامهما القانوني :

*أحدهما يتموضع بالتوافق مع الخط التقليدي للعقد المحدد بواسطة موضوعه كعقد الوعد بالبيع

الملزم للطرفين، ولا سيما المادة ١١٦٥ بشأن تحديد الثمن

*يتميز الآخر بطريقة إبرامه: عقد الاذعان ؛

-أحكام عامة بشأن التمثيل: يمكن ملاحظتها على عقد الوكالة ؛

-أحكام بشأن نقل الملكية: من الواضح أنها تتعلق بالبيع ؛

-أحكام بشأن إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد: الآثار التي يمكن أن تحدث بعد إلغاء

البيع ؛

^٢ Selon l'expression du doyen Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*,

Flammarion, 1996, p. 47 et s.

-اختفاء السبب: وهو ما يمكن ملاحظته على القرض ؟



المطلب الثالث. تعريف عقد البيع في القانون السوري

نظم المشرع السوري في الكتاب الثاني من التقنين المدني بعنوان العقود المسماة، وفي الباب الأول منه بعنوان العقود التي تقع على الملكية، في الفصل الأول منه البيع في المواد من ٣٨٦ إلى ٤٦٥، فتناول البيع بوجه عام ثم تناول بعض أنواع البيوع.

فقد استعرض في ثلاث أقسام رئيسية أركان البيع والتزامات البائع والتزامات المشتري.

في أركان البيع، عرف المشرع عقد البيع واشترط علم المشتري بالمبيع ثم تطرق لبعض أنواع البيع بالعينة، والبيع بشرط التجربة والبيع بالمذاق، وانتقل إلى قواعد بيان الثمن وقواعد تقدير الثمن. وفي التزامات البائع تكلم عن الالتزام وأحكامه والالتزام بالتسليم ومكانه وزمانه ونفقات التسليم وكافة أحكامه وتكلم عن الالتزام بضمان عدم التعرض والاستحقاق الكلي والجزئي وضمان التعرض بنوعيه القانوني والمادي.

ثم بين الالتزام بضمان العيوب الخفية ودعوى الضمان وأحكامها والضمان الاتفاقي. ثم انتقل إلى التزامات المشتري فبين الالتزام بدفع الثمن ووضح أحكامه.

- في معرض بيانه لبعض أنواع البيوع، نص المشرع على بيع الوفاء وأوضح بطلانه، ثم بيع ملك الغير وأحكامه وبيع الحقوق المتنازع فيها والبيع في مرض الموت وبيع النائب لنفسه.

ويجب أن تكمل نصوص التقنين المدني في عقد البيع بنصوص قانون تنظيم السجل العقاري الصادر في القرار رقم / ١٨٨ / لعام ١٩٢٦ قانون السجل العقاري وتعديلاته وذلك لأن هذا القرار يشترط التسجيل لجميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو تغييره أو زواله وذلك عن طريق التسجيل، وينبغي على ذلك أن عدم التسجيل لتلك التصرفات أن هذه الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير.

عرفت المادة ٣٨٦ من التقنين المدني السوري الجديد البيع بأنه " عقد يلتزم به البائع أن ينقل

٧

للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " .

إن حق الدائنية وحق الاستعمال وحق الانتفاع...حقوق مالية أيضا فهل يمكن أن تكون هذه

الحقوق محلاً للبيع؟

يرى محمد حسنين أن البيع لا يقتصر على حق الملكية بل يرد كذلك على سائر حقوق الذمة

المالية (العينية والشخصية والفكرية) غير أن أحكامه تختلف باختلاف طبيعة المبيع، فحسب الدكتور

حسنيين كلما تعلق الأمر بحق وكان المقابل نقدا فالعقد بيع.

هناك من لا يشاطر هذا الرأي لأن هناك اختلاف كبير بين الآثار التي تترتب فنقل الملكية لا

يمكن فيه استرجاع الملكية اطلاقاً، ونقل الإيجار (الانتفاع) يمكن استرجاعه لذلك فقعد البيع لا يرد إلا

على حق الملكية وهذا ما يتق مع اتجاه المشرع اذ نص على أحكام البيع في العقود التي ترد على

الملكية.

يتضح من هذا التعريف أن عقد البيع من العقود الرضائية، فالبيع يتم بمجرد التراضي أي مجرد أن

يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ولم يشترط المشرع لانعقاده أي شكل خاص. (هذا مع

مراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري والذي يستلزم شهر التصرف إذا كان البيع عقاراً أو حقاً عقاً بآخر)،

ويتضح أيضاً من التعريف أن البيع عقد ملزم للجانبين، فالبائع يلتزم بنقل ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر

والمشتري يلتزم بدفع الثمن، أيضاً يتبين من التعريف المتقدم أن عقد البيع من عقود المعاوضة لأن كل

متعاقد يتلقى عوضاً عن الشئ الذي يعطيه للمتعاقد الآخر، فالبائع يأخذ الثمن مقابلاً للمبيع، والمشتري

يأخذ المبيع مقابلاً للثمن.

² G Hestin et Deschè : La venté, précité, No. ١٥. P. ١١.

يستخلص أيضا من هذا التعريف أن عقد البيع في القانون السوري عقد ناقل للملكية إذ إنَّه يرتب في ذمة البائع التزاما بنقل ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر للمشتري، والنتيجة المترتبة على ذلك هي إنَّه إذا لم ينقل العقد الملكية وإنما محل العقد هو تعهد الطرفين بتمكين المتعاقد الآخر من الانتفاع بشيء لا يملكه، فإن العقد لا يعد بيعاً، مادام ليس من شأنه نقل الملكية وإنما يكون عقداً آخر. ويلاحظ أولاً أن القانون الجديد لم يقصر أثر البيع على نقل ملكية الشب بل يجاوز الملكية إلى غيرها من الحقوق المالية الأخرى، فيجوز أن يكون محلاً للبيع، لا حق الملكية فحسب بل أيضاً حق الانتفاع وحقوق الارتفاق وحق الحكر، كما يجوز أن يكون محلاً للبيع الحقوق الشخصية في صورة حوالة الحق، وحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

يتميز البيع عن المقايضة والصرف، ويميزه عن البيع في الشريعة الإسلامية ففيها أن البيع مبادلة مال بمال أي يصلح أن يكون الثمن من غير النقود فيتسع البيع فيه (في الفقه الإسلامي) ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف. النتيجة المترتبة على اشتراط كون الثمن نقدي إنَّه إذا كان المقابل لنقل الملكية هو تقديم أشياء معينة أو عمل معين أو خدمات، إن العقد لا يُعد بيعاً.

الخلاصة أن عقد البيع يتميز - في القانون السوري - بخاصيتين أساسيتين نقل ملكية شيء أو حق مالي وأن يكون المقابل هو دائماً ثمن يدفع نقداً، ومع ذلك يحتاج الأمر للتفرقة بين البيع وغيره من العقود التي قد تتشابه معه وقد يدق التمييز بينه وغيره من العقود.

المبحث الثالث. الفرق بين عقد البيع والعقود

الأخرى

سنميز بداية بين عقد البيع والعقود الناقلة للملكية باعتبار أن عقد البيع هو الآخر ناقل للملكية. بعد

ذلك سنميز بين عقد البيع والعقود التي تقع على المنفعة أو الخدمة.

المطلب الأول. الفرق بين عقد البيع والعقود الناقلة

للملكية

الفقرة الأولى. الفرق بين عقد البيع وعقد الهبة

الهبة تمليك مال لآخر بلا عوض. فالعوض هو الذي يميز البيع عن الهبة، ومع ذلك قد تكون الهبة بعوض فما الحكم في هذه الحالة؟ إذا تبين من الوقائع وجود نية التبرع فالعقد هبة حتى واشترط العوض في العقد وإلا فيُعد بيعاً ومسألة وجود أو عدم وجود نية التبرع مسألة وقائع يكشف عنها قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض. ومن القرائن التي تدل على وجود نية التبرع اشتراط الواهب دفع العوض إلى شخص ثالث. ولكن إذا كان العوض من النقود وكانت تساوي أو تقارب قيمة الشيء الموهوب فالعقد بيع لا هبة في هذه الحالة. لانعدام نية التبرع، ومن اهم نتائج التمييز بين عقد البيع وعقد الهبة هو ضمان العيوب الخفية حيث نجد هذا الضمان فقط في عقد البيع.

الفقرة الثانية. الفرق بين عقد البيع وعقد المقايضة

إذا كان الثمن مبلغاً من النقود فالعقد بيع، وإذا كان شيئاً آخر من غير النقود فالعقد مقايضة. ولكن قد يصعب التمييز بينهما في بعض الحالات كما لو كان المقابل سبائك ذهبية أو أوراق مالية كالأسهم والسندات، حيث يلاحظ أن بعض الشراح ذهبوا إلى اعتبار العقد بيعاً في هذه الحالة، لأن هذا المقابل ليس مقصوداً لذاته بل النقود التي يمكن الحصول عليها عن طريقه، أما الرأي الراجع فيذهب إلى اعتبار العقد مقايضة، لأن المقابل وقت التعاقد ليس من النقود خاصة وإن القول بخلاف ذلك سيؤدي إلى اعتبار المقايضة بيعاً كلما أمكن تقييم أحد البدلين. ولكن ما الحكم إذا كان المقابل بعضه من النقود وبعضه من غير النقود؟ يذهب الرأي الراجع إلى وجوب أخذ نسبة النقود إلى قيمة المال الآخر بنظر الاعتبار. فإذا كانت النقود هي العنصر الغالب كان العقد بيعاً وإلا كان مقايضة.

أما إذا كان المقابل نصفه من النقود والنصف الآخر من غير النقود فالعقد في هذه الحالة يُعدّ عقداً مركباً من البيع والمقايضة. كما أن الرأي الراجع يذهب إلى اعتبار العقد بيعاً في حالة ما إذا كان المقابل إيراداً مرتباً مدى الحياة، بداعي أن الثمن هو من النقود وإن كان مقدراً على وجه احتمالي في صورة الإيراد.

وللتمييز بين البيع والمقايضة أهمية العملية. (نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك). في حين نفس القانون ينص على أن (مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضات مناصفة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك). لأن كل من الطرفين فيه بائع ومشتري في نفس الوقت.

الفقرة الثالثة. الفرق بين عقد البيع وعقد الوصية

البيع هو تملك البائع المشتري المبيع في الحال مقابل ثمن معين. أما الوصية فإنها تملك بلا عوض مضاف إلى ما بعد الموت. ولكن قد يحاول البعض التحايل على القانون، فيعمد مثلاً إلى تصوير الوصية بصورة عقد بيع فينص في العقد أن الأب باع ولده فلان المال الفلاني بمبلغ معين على ألا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا بعد وفاة البائع. إن هذا العقد ما هو في الحقيقة إلا وسيلة لإخفاء وصية مستترة، توصل بها الأب لمنع بقية الورثة من استعمال حقهم في اجازة أو عدم اجازة الوصية فيما يزيد على ثلث التركة. في مثل هذه الحالات يترتب على القاضي أن يطبق أحكام الوصية لا أحكام البيع، إلا إذا لم يجد سنداً لاعتبار العقد بيعاً. إن وصف التصرف بأنه بيع أو وصية يخضع للظروف الموضوعية التي تم فيها التصرف ومن ثم للقاضي بحسب هذه الظروف استخلاص التكييف الملائم للعقد.

ويلاحظ أن المادة ٨٧٨ من القانون المدني تنص في هذا الصدد على إنه "إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها، وبحقة في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقد دليل يخالف ذلك".

فالمشرع السوري، يقبل في هذا الصدد قرينة قانونية، بمقتضاها يُعد التصرف لأحد الورثة وصية، إذا احتفظ المتصرف بحيازة العين التي تصرف فيها أو بحقه في الانتفاع بها مدى حياته. إلا أن بالإمكان اثبات خلاف هذه القرينة.

الفقرة الرابعة. الفرق بين عقد البيع وعقد الوديعة

الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر، على أن يتولى حفظ هذا الشيء، وعلى أن يرده عيناً على ما جاء في المادة ٦٨٤ من القانون المدني. قد يلتبس الأمر بين عقد البيع وعقد الوديعة حين يضع شخص أشياء مملوكة له في مكان مملوك لشخص آخر، دون معرفة ما إذا كان العقد إيجاراً لهذا المكان أو وديعة لهذه الأشياء، ومثال ذلك: العقد الذي تسمح فيه إدارة أحد المعارض، لأحد الأشخاص، بوضع منتجاته أو بضائعه في مكان معين داخل المعرض وقد قضت بعض المحاكم الفرنسية في هذا الشأن بأنه عقد وديعة وبعضها الآخر بأنه عقد إيجار، وبعض الأحكام جاء فيها بأنه عقد غير مسمى.

والصحيح أننا ننظر إلى التزام إدارة المعرض، فإن كانت ملتزمة بحفظ المعروضات، كان عقد وديعة، وإن تركت حراستها لصاحب المعروضات، كان العقد إيجاراً. والأمر نفسه في حالة وضع سيارة في مخزن أو مرآب، أو بضاعة في غرف التبريد، فإن خصص المكان فقط لوضع السيارة، أو البضاعة، فالعقد إيجار حتى ولو كان المكان العام تحت إشراف صاحبه، أما إذا تكفل صاحب المكان أو المرآب أو غرف التبريد بحراسة الشيء والحفاظ عليه، فالعقد وديعة.

وهناك عقد أثار جدلاً فقهيًا كبيراً، هو العقد المتعلق بالخزائن الحديدية في البنوك Le contrat de coffre-fort، فكان الفقه السائد - إلى جانب محكمة النقض الفرنسية - يرى أن هذا العقد هو عقد إيجار للخزانة، فالعميل يقوم بوضع أغراضه في هذه الخزانة دون رقابة، ويأخذ منها ما شاء بمعرفته، مقابل دفع مبلغ دوري، وهو رأي القضاء والفقه الفرنسيين قديماً، وهذا راجع إلى أن واضع الأشياء يدفع مقابلاً لانتفاعه بالخزانة، كما أن المصرف لا يسأل عن فقد تلك الأشياء بموجب عقد الوديعة بل بموجب المسؤولية التقصيرية أو بموجب عقد الحراسة. كما إنّه في عقد الوديعة لا بد للمودع أن يسلم الشيء

المودع إلى المودع لديه، ثم يحفظ هذا الأخير ذلك الشيء بمعرفته، وعند تسلمه يجب أن يطلبه منه ليستلمه منه بمعرفته أيضا، في حين نجد هنا أن المودع في هذا العقد يضع أشياءه في الخزنة الحديدية بنفسه، ويأخذها بنفسه دون تدخل من المصرف .

بيد أن الفقه غير نظرته إلى هذا العقد؛ فأصبح يرى إنَّه عقد حفظ *Contrat de garde*، وهو من قبيل الوديعة المهنية؛ لأن البنك يلتزم بضمان سلامة الأشياء المودعة، وأن استعمال العميل لخزنة البنك إنما هو بحث عن الأمان، لوجود حراسة مشددة في البنوك. كما أن الإيداع يكفي فيه السماح من المودع لديه للمودع بأن يضع أشياءه لديه وباستردادها، وليس شرطا أن يستلمها المودع لديه ويسلمها بنفسه كذلك يمكن أن تكون الوديعة في حافظة مغلقة أو ظرف مغلق وفقا لنص المادة ١٩٣١ من التقنين المدني الفرنسي، ولا يشترط معرفة المودع لديه بما تم إيداعه عنده، أما مسألة الأجر فيمكن أن تكون الوديعة مقابل أجر.

وبخصوص مسؤولية المصرف عن ضياع الأشياء بناء على المسؤولية التقصيرية أو بناء على عقد الحراسة، فهي دليل على إنَّه ليس عقد إيجار بل عقد وديعة؛ لأن عقد الوديعة يتضمن واجب الحراسة، وضياع الشيء يعني أن المصرف قصر في واجبه نحو عميله، فتترتب مسؤوليته ولكنها مسؤولية عقدية لا تقصيرية.

أما أهمية التفرقة عمليا بين العقدين فتكمن في مسألة توقيع دائني العميل الحجز على الأشياء الموجودة في الخزنة؛ فإذا كان وديعة فإن الحجز يكون حجزا ما للمدين لدى الغير حجزا تحفظيا على الأشياء المودعة في الخزنة دون القيام بإنذار المدين بالدفع. أما إذا اعتبر إيجارا، كان حجزا تنفيذيا؛ لأن الأشياء موجودة عند المدين نفسه، وهنا يجب أن يقوم الدائن بإنذار المدين بالدفع ثم استصدار سند

تنفيذي مما يتيح للمدين، بين تاريخ الإنذار وتاريخ استصدار السند التنفيذي، أن يسترد الأشياء المودعة ويخفيها أو يتصرف فيها بعد التنبيه عليه وقبل توقيع الحجز فعلاً؛ فيصبح حجز الدائن عديم الفائدة عملياً .

والرأي الراجح هو الذي يستوجب تكييف العقد بحسب نية الطرفين المتعاقدين. وهذه النية يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد وشروطه فالعقد قد يكون بيعاً ناجزاً أو معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، أو عقد وكالة بالبيع بحسب الأحوال .

الفقرة الخامسة. الفرق بين عقد البيع وعقد القرض

بفائدة

بموجب المادة ٥٠٦ من القانون المدني فإن عقد القرض هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر^٣. على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته. بينما البيع مبادلة شيء بمبلغ من النقود. إلا أن بعض المربين قد يلجؤون إلى التحايل على أحكام القانون الخاصة بالفوائد فيصرون القرض بفائدة على إنه عقد بيع. كما هو الحال في عقد (المهاترة) الذي بموجبه يشتري شخص بضاعة من شخص آخر بثمن مؤجل، ثم

^٢ كما لو أودع المؤلف نسخاً من مؤلفه لدى إحدى المكتبات ليتولى صاحب المكتبة بيعها مقابل أجر معين يستقطع من الثمن. استقرت أحكام المحاكم الفرنسية على ما قضت به محكمة النقض والابرام عام ١٨٦٠ في قرار لها اعتبرت بموجبه العملية الواقعة بين تاجر الجملة وتاجر التجزئة عقد بيع لأن من مقتضيات عقد الوديعة إلزام الوديع برد نفس العين المودعة، إلا أن الخيار الذي يملكه تاجر التجزئة بين رد الثمن أو نفس العين يجعل هذه العملية عقد بيع معلق على شرط. ويذهب بعض الفقه إلى اعتبار العملية بيعاً معلقاً على شرط فاسخ لأن العقد وإن كان يشبه الوديعة إلا أنه يختلف عنها في أن الوديع يلتزم برد الوديعة عيناً بينما لصاحب المكتبة الحق في رد نسخ الكتاب أو ثمن ما باع منها بعد خصم حصته من الثمن. علاوة على ذلك فإن ملكية الكتب تنتقل إلى صاحب المكتبة، مع احتفاظه بحق العدول عن الشراء إذا لم يتم تصريف الكتب. سعيد مبارك - طة الملا حويش - صاحب الفتاوى: الوجيز في العقود المسماة، دار النهضة العربية ٢٠١٦، ص ١٢-٢٠.

^٣ سعيد مبارك - طة الملا حويش - صاحب الفتاوى: المرجع السابق

³ Civ. 1^{ère}, 20 juillet 1981, B. 1267 ; GAJC, n°283 ; RTDC 1982, 427, Rémy ; Def. 1982, p. 1085, Aubert : la promesse de prêt est valable mais ne vaut pas prêt car il manque la tradition (prêt, contrat réel).

يبيعهها إلى نفس البائع بثمان معجل يكون أقل من الثمن الذي اشتراها به ويقبض الثمن المعجل فوراً ويظل مديناً بالثمان المؤجل وتعاد البضاعة إلى صاحبها الأول. إن العملية المزدوجة أعلاه ليست في الحقيقة إلا قرصاً برّياً فاحش ولكن لجأ إليها المتعاقدين بقصد التحايل على أحكام القانون الخاصة بالفائدة القانونية. فالمشتري المزعوم وكأنه قد اقترض الثمن المعجل بفائدة تعادل الفرق بين الثمنين المؤجل والمعجل لذلك على القاضي إذا تبين له أن هذه هي نية الطرفين المتعاقدين تطبيق أحكام القرض وتخفيض الفوائد الفاحشة إلى الحد القانوني وفقاً لأحكام المادتين ٢٢٧ و ٢٢٨ من القانون المدني.

كما يتميز الوفاء بمقابل عن البيع من حيث إنّه يفترض وجود التزام سابق، في حين أن البيع عقد مستقل قائم بذاته. وعليه فصحة الوفاء بمقابل مرتبطة بوجود هذا الالتزام. ومع ذلك يصعب التمييز بينهما في حالة ملكية شيء أعطى في مقابل دين. فهل يُعد المدين بائعاً والدائن مشترياً؟ إن الوفاء بمقابل مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية، فهو يخضع لأحكام الوفاء لأنه يؤدي إلى إبراء ذمة المدين ويخضع لأحكام البيع لأنه ينقل ملكية المقابل إلى الدائن كما تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري.

الفقرة السادسة. الفرق بين عقد البيع، والبيع

التمويلي والبيع التشغيلي

يُعد البيع التمويلي " Leasing financier" أو "le crédit-bail"، والبيع التشغيلي " Leasing opérationnel" نوعين حديثين من أنواع البيع؛ إذ يعود ظهور البيع التمويلي إلى منتصف القرن الماضي، حيث بدأ في الولايات المتحدة الأمريكية في الخمسينات، ثم في فرنسا في الستينات لينتشر بعدها في باقي أنحاء العالم. أما التأجير التشغيلي، فنشأ في فرنسا بموجب قانون ١٢/٠٧/١٩٨٤ لأجل إنعاش إشغال العقارات دون ارتباط بملكيته.

فالباع التمويل، ويسمى في فرنسا crédit - bail، هو إيجار لضمان ائتمان معين، حيث تقوم فيه شركة أو مؤسسة أو بنك بتأجير معدات أو أشياء لجهة معينة ويكون لهذه الأخيرة أحد ثلاثة خيارات: إما رد تلك الأشياء إن وجد بند بذلك في العقد، أو تجديد العقد، أو شراؤها بالقيمة التجارية لها.

ويختلف الباع التمويل عن الباع العادي من عدة جوانب هي:

- أن الهدف من الباع التمويل هو نقل الملكية، فيكون الباع وسيلة ائتمان لتمويل العملية، لا هدف نهائي كما هو الحال في الباع العادي.

- أن البائع في الباع التمويل أو التشغيلي ملزم بدفع الأقساط حتى ولو لم ينتفع بالشيء المباع، بل لا يمكنه إلغاء العقد قبل نهاية مدته إلا إذا وجد بند في العقد بذلك، ونادرا ما يكون ذلك، فإذا أراد البائع إنهاء العقد قبل انتهاء المدة كان عليه أن يدفع جميع أقساط الباع المتبقية دفعة واحدة، مما قد يعرضه إلى خطر الإفلاس إذا لم يدفع تلك الأقساط.

- يتحمل البائع في الباع التمويل مخاطر الباع، ومثالا على ذلك إنّه إذا باع شخص معدات قيمتها وقت العقد مليون ليرة سورية، لمدة ثلاث سنوات، وفي السنة الأخيرة أصبحت قيمتها ١,٢ مليون ليرة سورية، فإن المشتري يقع على عاتقه دفع ذلك الفرق حتى يملكها؛ لأنه يكون من حق البائع. وفي الحالة العكسية، إذا انخفضت قيمة المعدات إلى ٨٠٠ ألف ليرة سورية، فإن عليه دفع مليون ليرة سورية للبائع لا ٨٠٠ ألف ليرة سورية. كما يتحمل المشتري نفقات الصيانة وإصلاح العين، ودفع نفقات التأمين خلال مدة التشغيل، بخلاف الباع العادي والباع التشغيلي، حيث تكون هذه الالتزامات على عاتق البائع.

- قد يكون في العلاقة طرف ثالث وهو الموردّ - في القانون الأمريكي - (البائع)، حيث يختار العميل (المستأجر) المواد أو المعدات التي يرغب بها، ليشتريها الممول (البائع)، ويؤجرها للمستأجر.

أما التأجير التشغيلي، فهو مشابه للتأجير التمويل، لكنه يختلف عنه في أنّه لا يمكن للمستأجر أن يملك الشيء البائع، كما أن مدة التأجير فيه تكون قصيرة بحيث تقل عن العمر الافتراضي للشيء البائع،

يضاف إلى ذلك أن العقد قابل للإلغاء في أي وقت، حيث يحق للمستأجر إلغاءه قبل انتهاء مدته مما يشكل خطراً كبيراً على البائع.

أما في القانون الفرنسي، فيكون العقد متضمناً لوعدهم بالبائع، ويكون البيع لمدة معينة بمقابل يدفعه، إلى حين إعلان المشتري رغبته في الشراء، وهذا المقابل يتضمن مبلغ البيع مع مبلغ يقابل الحق الشخصي في نقل ملكية المال إليه، وإذا لم يتم إعلان الرغبة، فإنه لا يحق للمؤجر أن يحتفظ إلا بنسبة ١٪ من ثمن البيع، أو ٣٪ في حالات استثنائية على سبيل التعويض القانوني.

المطلب الثاني. الفرق بين عقد البيع والعقود التي

ترد على المنفعة

الفقرة الأولى. الفرق بين عقد البيع وعقد الإيجار

يلتبس البيع بالإيجار في إنَّه ليس إلا بيعاً للمنفعة، وهو قول "بوتيه"، وهو مأخوذ من الفقه الإسلامي، حيث قال الكاساني بأن معنى الإجارة: "بيع المنفعة لغة، ولهذا سماها أهل المدينة بيعاً وأرادوا به بيع المنفعة".

فيكون الالتباس بين عقد البيع وعقد الإيجار في حالتين: إذا لم يقع العقد على الشيء في حد ذاته بل على ثماره أو منتجاته، أي إنَّه لم يقع على مال مادي بل على مال معنوي، أو وُصف بصفتي البيع والإيجار.

وبعبارة أخرى: يرجع اختلاط البيع بالإيجار إما إلى طبيعة الشيء المعقود عليه، وإما إلى شروط التعاقد.

الحالة الأولى: في حالة الثمار والحاصلات، إذا اتفق مالكٌ لعقارٍ مع آخر على أن يكون لهذا الأخير الحق في أخذ الثمار التي يُغْلِّها العقار أو الحاصلات الموجودة به في مقابل عوض نقدي، فهل يُعد هذا عقد بيع أم عقد إيجار؟

هناك من اعتبره عقد بيع إذا كانت نفقات قطف الثمار على عاتق صاحب الأرض؛ لأنه مجبر على وضعها تحت تصرف المشتري منفصلة عن الأرض. أما إذا كانت النفقات على الطرف الثاني اعتبر عقد إيجار؛ لأن المشتري هو الذي يتحمل نفقات استغلال الشيء البائع عادة^٣. ولكن هذا المعيار غير دقيق؛ لأنه قد يتفق على أن تكون نفقات قطف الثمار على صاحب العقار ومع ذلك يكون إيجارا والعكس صحيح.

وهناك من قال إن الفرق السديد بين العقدين على أساس ما إذا كان العقد واقعا على الثمار، كالنجاح والبريق والقمح...أو على الحاصلات، كالحجارة في المحجرة، أو البترول، أو المعادن في المنجم...فإذا كان واقعا على الثمار التي تكون متوقّرة بشكل دوري دون أن تنقص من جوهر الشيء (العقار)، كان العقد إيجارا، أما إذا كان العقد واقعا على الحاصلات فهو عقد بيع؛ لأن استغلالها ينقص من جوهر الشيء، وقد يؤدي إلى زواله بمرور الزمن. وهذا ما ذهبت إليه المحاكم الفرنسية وبعض الشراح مثل بودري Bourdy وفاهل Fahel.

غير إنّه هذا يردّ بالقول إنّه لا مانع من أن تتجه نية المالك إلى بيع الثمار ذاتها وليس مجرد تمكين الطرف الآخر من أخذ غلة العين. كما أن الحاصلات يمكن اعتبار العقد بشأنها إيجارا إذا كان أخذها هو الطريق الطبيعي لاستعمال العين.

وهناك من قال بوجوب النظر إلى الآثار التي تترتب على العقد؛ فإن كان من شأنه أن ينقل ملكية حق ثابت من قبل في ذمة المتصرف فهو بيع، وإن كان ينشئ التزاما في ذمة المتصرف بتمكين

Civ. 3^{ème}, 6 avril 2004, inédit ; RDC 2004, p. 969, Collart-Dutilleul : promesse de vente associée à^٣ une promesse de bail à la charge du bénéficiaire de la 1^{ère} s'il levait l'option ⇒ l'engagement de louer est susceptible d'exécution forcée.

المتصرف إليه من أخذ الثمار أو الحاصلات فهو إيجار، لكن يؤخذ على هذا الرأي أن الآثار المترتبة عن العقد ما هي إلا نتيجة لاتجاه إرادة العاقدین إليها، ومن ثم فالمسألة محصورة في معرفة نية الطرفين.

الحالة الثانية: هي أن يعطي المتعاقدان للعقد صفتين في الوقت نفسه، هما البيع والإيجار، فيكون

إيجارا إلى أن يَمَّ الوفاء بالثمن كاملا، ليصبح بعدها بيعا.

فيقوم هنا أحد الطرفين بدفع مبلغ معين بشكل دوري يعد مقابلا لانتفاعه بالشيء، فإن تم دفع الثمن

كاملا في المدة المتفق عليها انتقلت إليه ملكية الشيء، أما إن لم يدفع الثمن كاملا وجب عليه رد

الشيء. ونجد هذا النوع بكثرة عند وكالات السيارات.

والغرض من ذلك غالبا ما يكون لأجل بيع البضاعة مع ضمان عدم التصرف في الشيء قبل

الوفاء بكافة الأقساط وإلا اعتبر خيانة أمانة وكذلك للتمكن من فسخ البيع عند عدم دفع الأقساط المتفق

عليها، وإمكانية استرداد الشيء في حالة إفلاس مستلمه دون مزاحمة بقية الدائنين بخلاف لو اعتبر العقد

بيعا.

وهنا الفقه الغالب اعتبره إيجارا معلقا على شرط فاسخ وبيعا معلقا على شرط واقف، وهو دفع

الأقساط كاملة، فنقضي البيع بتحقق الشرط الفاسخ، ويرتب البيع آثاره بتحقق الشرط الواقف، في حين

ذهب فريق إلى اعتباره عقد إيجار مقترن بوعده بالبيع.

لكن المشرع السوري حسم الموضوع في التقنين المدني، واعتبر العقد هنا عقد بيع معلق على شرط

واقف، وجعل انتقال الملكية معلقا على دفع الأقساط، وقد يتضمن العقد في الوقت نفسه عقد إيجار ووعدا

بالبيع.

الفقرة الثانية. الفرق بين عقد البيع وعقد المقاولة

إن المقاولة تنصب على العمل بينما ينصب البيع على الملكية. ولكن الصعوبة تتور إذا تعهد المَقاول بتقديم العمل والمواد معاً، فهل تُعدُّ العملية بيعاً أو مقاولاً؟ الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى اعتبار العقد في هذه الأحوال عقد بيع أشياء مستقبلية، إلا إذا كانت قيمة المواد المقدمة تافهة بالنسبة إلى عمل المَقاول نفسه فالرسم الذي يتعهد برسم صورة لا يُعدُّ بائعاً للقطعة الخشبية أو لقطعة القماش التي يرسم الصورة. عليها، لأن قيمة هذه المواد تُعدُّ تافهة إذا ما قورنت بقيمة العمل الذي يقدمه (على ما ورد في اتفاقية فيينا بتاريخ ١١ نيسان 1980 المواد الأولى والثالثة^٣)، وكذلك الحكم إذا تعهد المَقاول بإقامة بناء على أرض مملوكة لرب العمل بأدوات من عنده، لأن قيمة هذه الأدوات ثانوية بالنسبة لقيمة الأرض. أما إذا كانت الأرض ملكاً للمَقاول الذي تعهد بإقامة البناء بأدوات من عنده فالعقد يُعدُّ في هذه الحالة بيعاً للأرض في حالتها المستقبلية؛ أي بعد أن يقام عليها البناء^٣.

أما إذا تقاربت قيمة المادة الأولية وقيمة العمل، فالعقد يكون في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاول، على حسب الرأي الراجح في الفقه^٣.

هناك عدة معايير فقهية في هذا الصدد:

(أ) نظرية الملحقات: يتبع الملحق الأصل

³ Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

^٣ L. 3 janvier et 7 juillet 1967 intégrées aux art. 1601-1 à 1601-4 + 1642-1, 1646-1 et 1648-2 et L.

31 mai 1978 in Code de la construction et de l'habitation.

Civ. 3^{ème}, 16 mars 1977, *Sté Tunzini Entreprise* : B. 131 ; JCP 1978, II, 18913, Hassler ; RTDC^٣

1977, 785, Cornu : vente d'une centrale nucléaire à construire. *Com.*, 6 janvier 1982, B. 4 ; D. 1982, IR, 528, Audit (vente d'étoffe à imprimer).

- بالنسبة للعقار: الأرض هي الأصل، بالتالي إذا كان مملوكا لرب العمل، فإن عقد بناء العقار؛ يجب تكييفه بعقد مقاوله حتى لو تم توريد المواد من قبل المقاول.
- بالنسبة للمنقول. معيار كمي، بناءً على القيمة الاقتصادية الخاصة بالمواد الموردة والعمل المنجز.

هذا هو المعيار الذي لا تزال تحتفظ به اتفاقية فيينا للبيع الدولي، المادة الثانية والثالثة.

"لا تنطبق هذه الاتفاقية على العقود التي يتألف فيها الجزء الراجح من التزام الطرف المورد

للسلع من توريد اليد العاملة أو خدمات أخرى". لكن محكمة النقض تخلت عنها.

^٦ (ب) معيار "مهمة معينة" ^٦:

قامت إحدى الشركات بتوريد تحصينات معدنية إلى أخرى لبناء موقع.

مسألة عملية للتكييف: كمقاول من الباطن، يمكن أن يطالب المالك أن يدفع له مباشرة

باعتبار إنّه ليس مجرد مورد .

تكييف عقد المقاوله الذي احتفظت به محكمة النقض الفرنسية لأنه " لتلبية طلب

التحصينات، [قام] بتنفيذ عمل محدد بموجب مؤشرات محددة مما يجعل من المستحيل استبدال

المنتج المطلوب بمكافئ آخر "

Civ. 3^{ème}, 5 février 1985, *aff. des armatures* B. 23 ; D. 1986, 499, Huet ; RTDC 1985, p. 737, ^٢
 Rémy. Com., 4 juillet 1989, *Sté Commercial Union Insurance Ltd* : B. 210 ; D. 1990, 246, Virassamy ; JCP
 1990, II, 21515, Dagorne-Labbé ; RDI 1990, 370, Malinvaud et Boubli ; RTDC 1990, 105, Rémy. Com., 17
 mars 1998, B. 104 ; CCC 1998, n°88, Leveneur : « *la fabrication de circuits imprimés ne répondait pas à des
 caractéristiques définies à l'avance [par l'entreprise] mais portait sur un besoin spécifique destiné à répondre
 aux besoins particuliers [du client]* ». Civ. 1^{ère}, 14 décembre 1999 : B. 340 (installation de nouveaux moteurs
 sur un navire). Civ. 3^{ème}, 18 novembre 2009, n°08-19355, B. 252.

وبعبارة أخرى، إذا كان العمل يتألف من تصنيع شيء تحدد خصائصه مقدماً وبالتالي يمكن

إنتاجه في^٦ سلسلة فنكون أمام عقد بيع^٣.

ولا يثور الخلاف في ظل التشريع السوري، لأنه يسمح بأن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً.

الفقرة الثالثة. الفرق بين عقد البيع وعقد الوكالة

الوكالة عقد ينصب على عمل. أما البيع فينصب على نقل ملكية أو حق عيني، ومع ذلك قد تنشور الصعوبة عند التمييز بين عقد البيع وبين ما يدعى بـ(عقد التوزيع) الذي بموجبه تسلم أحد الطرفين بضاعة معينة لبيعها بثمن معين يؤدي إلى صاحب البضاعة أو منتجها، على أن يكون له الحق في أن يرد للمالك أو المنتج ما يتبقى من البضاعة دون بيع. فهل يُعد العقد بيعاً أم وكالة؟ الرأي الراجح يذهب إلى أن العبرة هنا تكون بقصد الطرفين المتعاقدين. فإذا تبين من ظروف التعاقد وملابساته أن نية الطرفين متجهة إلى أن ينقل المالك حقه إلى المتعاقد الآخر بحيث يصبح الأخير مالكاً حقيقياً لهذا الحق فالعقد بيع وإلا فهو وكالة.

ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في هذا الصدد، ولا يخضع في ذلك إلى رقابة محكمة النقض.

^٣ Com., 6 mars 2001, JCP 2001, II, 10564, Labarthe : vente de câbles de télécommunications. Civ.

^٦ 3^{ème}, 11 mai 2005, B. 102 ; RDC 2005, p. 1111, Puig. [3e civ., 7 janvier 2016, n°14-17.033.](#)

الفصل الثاني

أركان عقد البيع

نتناول في هذا المكان من الكتاب نظرة سريعة في أركان العقد ونركز على ركن المحل في البيع
بداية ثم ننتقل إلى دراسة الرضا في عقد البيع والأهلية والسبب.

المبحث الأول. الرضا

المطلب الأول. تعريف الرضا

يتم البيع بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين على انتقال ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي، وذلك من خلال تطابق الإيجاب والقبول من البائع بالبيع والمشتري بالشراء، وتطبق القواعد العامة في تطابق الإيجاب والقبول وفقاً للمادة ٩٢ مدني، وكذلك تطبق الأحكام العامة فيما يتعلق بطرق التعبير عن الإرادة، وكذلك فيما يتعلق بالوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره، وكذلك سقوط التعبير عن الإرادة (المواد ٩٣ - ١٠١).

كما تطبق القواعد العامة فيما يتعلق بسلامة الإرادة ووجوب أن تكون خالية من العيوب المعروفة وهي الغلط والتدليس والإكراه والغبن الاستغلالي وهذا ما سبق دراسته في النظرية العامة للالتزامات. كما أن العقد لا يعد تاماً ولازماً إلا إذا تلاقت إرادتي البائع والمشتري، أي تلاقي الإيجاب والقبول، والإيجاب هو التعبير عن الإرادة المقترن بقصد الارتباط الذي ينصب عليه إذا لحقه قبول مطابق له، وهناك ما يسمى بالإيجاب الموجه للجمهور ويكون عن طريق الإعلان في الصحف أو عرض البضائع في واجهة المتاجر إلا إنه يشترط لكي يُعد إيجاباً في عقد البيع:

١- أن يتضمن بياناً مفصلاً عن السلعة بما في ذلك الثمن والا اعتبر دعوة إلى التعاقد، وهي ليست ملزمة لمن وجهها فيجوز له أن يرفض اتمام هذه الدعوة.

٢- هذا الإيجاب يبقى مرهوناً بتوافر السلع المعلن عنها فإذا نفذت السلعة وطلب أحد الأفراد بعد ذلك هذه السلعة اعتبر نفاذها سقوطاً للإيجاب.

٣- ان يبقى الإيجاب قائماً، فإذا صدر قبول من شخص لشراء اي سلعة بعد سقوط الإيجاب، فلا التزام على الموجب، اما القبول فهو تعبير عن ارادة من وجه اليه الإيجاب بالموافقة عليه فينعقد العقد، شرط ان يكون مطابقا للإيجاب وقبل سقوطه والا اعتبر ايجابا جديداً.

المطلب الثاني. مراحل الرضا

قبل أن يتم الإيجاب بشكل جازم هناك ما يسمى الدعوة إلى التعاقد، كأن يقصد شخص معرفة رأي الطرف الآخر فيما يدعو إليه من تعاقد، ويكون في ذلك دعوة إلى التعاقد ودعوة في الدخول إلى مفاوضات: كأن ترسل منشورات تتضمن الإعلان عن بعض السلع دون تحديد أي سعر لها أو عرض البضائع في واجهات المحلات أو بداخلها دون ذكر أي سعر لها. فإن الإعلان عن هذه الرغبة لا يقيد صاحب الإعلان بشيء ولا يترتب عليه أي أثر قانوني وهو مجرد فعل مادي يقصد به الاتصال بالجمهور للتفاوض معهم على شرط البيع.

وقد يترتب على هذه الدعوة الدخول في مفاوضات وقد تطول وقد تقصر وقد تنتهي أحياناً في عرض بات من أحدهما أي إيجاب يقبله الطرف الآخر فينعقد العقد. والتحقق مما إذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً أو مجرد دعوة إلى التعاقد. هذا يُعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع الغير خاضعة لرقابة محكمة النقض.

الإيجاب في عقد البيع يكون بالتعبير عن الإرادة بشكل كامل، أي يتضمن الإيجاب المبيع والتمن أي العناصر الجوهرية لعقد البيع. كما لو عرض شخص على آخر أن يبيعه شيء معين لقاء ثمن معلوم، فهنا يلتزم الموجب ويعد ملزماً بالبيع إذا صدر القبول في الميعاد المحدد ويمكن أن يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

وحتى ينعقد العقد يجب صدور القبول من الموجه إليه على خلاف الإيجاب الذي يشترط وصوله إلى الموجه إليه، أما إذا لم يحدد الموجب أركان المبيع في إيجابه فإنه لا ينتج أي أثر قانوني ويُعد بمثابة عرض أي مجرد رغبة في التعاقد.

مثال: إذا تقدم شخص إلى صاحب متجر وطلب منه بيعه السلعة المبينة في واجهة محله أو أن تكون السلعة مبينة في نشرة كتالوج، هذا العرض يُعد إيجاباً من صاحب السلعة إذا ذكرت المسائل الجوهرية وهي المبيع والثلث. فإذا قبل هذا الشخص شراء السلعة، لا يستطيع صاحب المتجر رفض ذلك إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة.

وإذا كانت النشرة أو الإعلان أو الكتالوج قد أرسل إلى شخص بالذات بعنوانه الشخصي وقد قصد صاحب المتجر أن يوجه إليه إيجاباً فإن هذا يعد إيجاباً كاملاً فإذا استجاب له من وجه إليه كان هذا قبولاً وتم البيع، ولا يستطيع صاحب المتجر أن يرجع في تعاقد.

كذلك إن عرض السلعة في واجهة المحل مع بيان ثمنها يعد إيجاباً لا مجرد دعوة إلى التعاقد. ولكن في حال نفاذ السلعة المعروضة بواسطة الإعلان أو الكتالوج، وهذا يحصل غالباً في التجارة، ففي هذه الحالة ينقضي الإيجاب، وهذا ما جرى العرف عليه دون الحاجة للإعلان عن نفاذ الكمية، ولا يكون الموجب ملزماً بإجابة العميل على طلبه. لكن بالمقابل إذا لم يكن لدى التاجر شيء من السلعة وقت صدور الإيجاب على النحو السابق، فليس ذلك مبرراً ألا يجيب أي عميل عما يطلب، وإلا كان الإيجاب لا معنى له، فهو أراد بإيجابه أن يتعهد لمن يطلب السلعة أن يوردها له بالوقت المناسب وليس له الاحتجاج بأن السلعة لم تكن عنده ليكون حكمها حكم السلعة التي نفذت. لأنه كان عالماً بموقفه التجاري والقانوني وقت الإعلان.

بالمقابل إذا صدر القبول من الموجه إليه الإيجاب بعد المدة المحددة في الإعلان أو المدة المعقولة عند عدم تحديد المدة أو بعد نفاذ الكمية المعلن عن بيعها، فإن ذلك يعد قبولاً متأخراً لا ينعقد به العقد ويمكن أن يعد إيجاباً جديداً موجه إلى البائع ويكون لهذا الأخير حرية قبوله أو رفضه. ويجب أن يكون القبول الصادر من المشتري مطابقاً تماماً للإيجاب، أي في كل مسألة وردت في الإيجاب يجب أن تصادف القبول من المشتري وبناء عليه إذا كان الإيجاب في وسيلة الإعلان قد تضمن طريق معينة للوفاء بالثمن كنتسيطه أو تأجيل دفع الثمن كله أو بعضه وصدر القبول من المشتري على هذا النحو فإن البائع يلتزم بذلك ولا يجوز له التنصل من ذلك.

مرحلة المشروع المتفق عليه: فإذا قبل الطرفان الإيجاب والقبول ولكنهما علقا انعقاد العقد على انجاز اجراء معين كتحرير العقد في ورقة رسمية وقد يكون قصد الطرفين من اشتراط الرسمية أو الكتابة أن ما تم بينهما هو مجرد مشروع عقد ومثل هذا المشروع لا يلزم أحد. ويجوز لكلا الطرفين العدول عن إتمام العقد بدون مسؤولية على عاتقه.

في هذه الحالة يتوافر إيجاب وقبول، ولكنهما لا يكفيان لانعقاد العقد، فيكون ثمة أكثر من رغبة ومن إيجاب وأقل من عقد تام أي ثمة مشروع عقد متفق عليه لا تتوافر له قوة الإلزام.

كذلك هناك العقد الابتدائي الذي يكون أكثر من مشروع عقد ولكن لا بد من مرحلة إضافية نص عليها القانون حتى يكون هذا العقد منتجاً لأثاره بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، إلا أنه يصلح لأن يكون أساس للمطالبة بالتنفيذ العيني عن طريق القضاء، وهو ما يميزه عن مشروع العقد الذي يسمح فيه لطرفي العقد العدول عن التعاقد، ففي العقد الابتدائي نكون أمام إيجاب وقبول ملزمين لطرفي العقد، ولكن نفاذ العقد يتطلب مرحلة إضافية كالنسجيل في البيوع العقارية. يحدث ذلك أيضاً في البيع بالمزاد، أي إرساء

المزاد على شخص معين لا يعد عقداً باتاً، على أن التعاقد لا يتم إلا بتحرير وثيقة وتوقيعها من الطرفين.
إن المرحلة بين رسو المزداد وتحرير العقد تسمى بمشروع تعاقد.

المطلب الثالث. شروط الرضا

تمهيد: لكي يكون العقد صحيحاً، يجب أن تكون إرادة المتعاقد سليمة لإبرام التصرف القانوني، أي لا يشوبها أي عيب وإلا كان العقد قابلاً للإبطال.
العيوب هي: الغلط والتدليس والإكراه والغبن الاستغلالي، إذاً حتى يكون العقد صحيحاً ومرتباً لأثاره القانونية بشكل كامل وصحيح، يجب أن يكون خالياً من هذه العيوب ونرجع بشأنها إلى أحكام النظرية العامة للالتزامات.

لكن لا بد من التطرق لهذه العيوب بشكل مختصر وفي الإطار العملي لعقد البيع.
أولاً التدليس: هو استعمال طرق احتيالية لإيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة، فإذا ترتب عليه حمل المتعاقد على قبول شروط التعاقد باستعمال هذه الوسائل التدليسية، يمكن للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد بحسب المادة ١٢٦ مدني سوري.

وحتى يمكن المطالبة بالإبطال لا بد من استعمال طرق احتيالية تضلل أحد المتعاقدين ويلزم أن تكون هذه الطرق غير مشروعة وكافية في آن واحد لتضليل المتعاقد وإخفاء الحقيقة عنه. كذلك يجب أن يكون الوهم الذي أدخله المتعاقد المدلس هو الدافع إلى التعاقد.
التدليس يتكون من عنصرين، مادي أو موضوعي وذاتي.

العنصر المادي أو الموضوعي يتجسد في الطرق الاحتيالية باستعمال وسائل مادية من شأنها أن تضلل المتعاقد الآخر مثلاً: كتغيير عداد السيارة المباعة والمستعملة، أو وضع زيوت معينة لإخفاء عيب المحرك. أما العنصر الذاتي يتجلى في إيهام المتعاقد الآخر في تفكيره ووقوعه في الغلط.

والتدليس حالات، إما أن يَتَمَّ بكتمان أحد المتعاقدين أمراً كان من المتوقع عليه إعلام الطرف الآخر به، مثلاً أن يَتَمَّ البيع على عقار ومن ثم يكتُم البائع على المشتري أن هذا العقار مهدد بنزع الملكية للمنفعة العامة. ويجب أن يكون التدليس الذي لا يحمل المتعاقد الآخر على التعاقد وإنما يغيره بشروط مبالغ بها، هنا هذا السلوك لا يفسد الرضا ولا يؤدي بالتالي إلى ابطال العقد، بل يقتصر أثره على إلزام مرتكب التصرف بالتعويض إذا كان هناك مقتضى، كما هو الحال عندما يغيري شخص آخر بشراء بضاعة ويظهر له فواتير غير حقيقية.

الإكراه: يفسد الرضا كذلك ويجيز ابطال العقد سواء حمل المتعاقد الآخر على البيع أو الشراء أو حمله على القبول بشروط باهظة لم يكن ليقبلها لو لم يقع تحت تأثير الإكراه سواء كان ذلك بوسائل مادية أو معنوية، وسواء كان الإكراه بفعل المتعاقد الآخر أو من فعل أجنبي عن العقد.

والإكراه يختلف عن التدليس وعن الغلط فقد يكون مادي يؤثر على إرادة المتعاقد من ناحية الحرية وهو الخوف الذي يولده ويجبره على إبرام العقد ويختلف عن الغلط، هنا المتعاقد قد يعلم بالعقد بشكل كامل لكنه مجبر على إبرامه. والإكراه إما أن يكون مادياً أو معنوياً. والحالة الغالبة في إبرام عقد البيع في حالة الإكراه عندما يوجد المتعاقد في ظروف تجبره على إبرام العقد كما هو الحال عندما يوجد شخص في منطقة نائية وهو محتاج إلى الماء أو الطعام أو أي من حاجاته الأساسية ولا يوجد إلا بائع واحد وهو مجبر على شراؤه مكرهاً.

وقد يقع الإكراه المعنوي في حالات الانقاذ البحري، عندما توجد سفينة في اعالي البحار وعلى وشك الغرق، وتطلب من سفين أخرى المساعدة فتشترط هذه السفينة شراء بضاعة السفينة المهددة بالغرق بشروط مجحفة بغية إنقاذها أو انقاذ طاقمها.

ثالثاً: الغلط نصت المادة ١٢١ و ١٢٢ مدني سوري لأحكام الغلط والذي يفسد الرضا بدوره كما يسمح بإبطال العقد ممن وقع بالغلط. يؤخذ من هذين النصين ان الغلط الذي يترتب عليه ابطال العقد، يجب أن يكون جوهرياً أو دافعاً للتعاقد، سواء حدث الغلط في صفة الشيء أم وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته وكان ذلك الغلط هو السبب الرئيس والدافع للتعاقد، كان يقع الغلط في قيمة الشيء المعقود عليه. كما يجب أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط ذاته، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يكتشفه. فإذا اشترى شخص ساعة على أنها أثرية، ثم تبين خلاف ذلك، فيكون المشتري قد وقع في غلط في صفة جوهريّة للشيء. ومثل الغلط في القيمة، أن يبيع الوارث مجموعة من الطوابع البريدية القديمة بثمان زهيد لعدم معرفته بقيمتها التاريخية ومثل الغلط في الباعث الدافع إلى التعاقد أن يشتري له سيارة أخرى جديدة. مثل الغلط في صفة جوهريّة، أن يعتقد المشتري أن اللوحة الفنية التي اشتراها أصلية صادرة من رسام مشهور، وإذ يتبين له أنها نسخة مصورة عن اللوحة الأصلية

رابعاً: الغبن الاستغلالي، عد المشرع الغبن الاستغلالي عيباً من عيوب الرضا وقد يقع في كثير من العقود ونص عليه في المادة ١٣٠ مدني سوري "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامح، جاز للقاضي بناء على طلب الطرف المغبون أن يبطل العقد".

من خلال هذا النص نستنتج شروط الغبن الفاحش.

وجود الغبن: المقصود بذلك وجود التفاوت الكبير بين التزامات المغبون والتزامات الطرف الآخر. هذا التفاوت نطلق عليه الغبن الفاحش، لكن في الحالات التي لا يوجد فيها تفاوت كبير أي يكون التفاوت يسيراً بين الالتزامات المتقابلة فلا يعمل ولا يكون هناك حاجة إلى ابطال العقد، ويترك للقاضي الحرية في تقدير مدى الغبن ودرجته وتكييفه فيما إذا كان فاحشاً أو يسيراً.

وجود الطيش البين: هو ضعف الإدراك والإرادة لدى المتعاقدين المغبون وهذا يمثل عنصراً معنوياً للمتعاقدين وعيباً في إرادته، لذلك فإن التفاوت الكبير بين الالتزامات لا ينتج أثره القانوني إلا إذا كان صادراً عن عيب في إرادة الطرف المغبون.

والطيش البين هو الخفة وقلة الاتزان في تصرفات الشخص المصاب بالطيش. يجب أن يكون الطيش بيناً أي ظاهراً للآخرين ولا يكفي الطيش الخفي أو الدفين حتى يعمل بهذه القاعدة ومثاله أن يرث شاب ميراثاً كبيراً فيستغله المرابون ويجعله يبرم عقوداً من شأنها الحصول على ميراثه.

أما الهوى الجامح هو الميل النفسي الذي تتغلب فيه العاطفة على الإرادة والعقل في اختيار الأمور وإبرام التصرفات ومثاله أن يتزوج شخص مسن من شابة وتستغل عاطفته الجياشة في إبرام عقود بيع لأملكه فيها تفاوت يصل حدود الغبن وفق ما يقدره قاضي الموضوع.

ينبثق عما سبق ذكره أن الرضا حتى يكون صحيحاً غير معيب، يتوجب أن يتوافر فيه مجموعة من الشروط:

1. الاتفاق على طبيعة العقد المراد إبرامه، إذ يجب أن تتجه إرادة البائع إلى البيع وإرادة المشتري إلى الشراء، وبالتالي لا يكون هناك توافق على ماهية العقد إذا اتجهت إرادة أحد المتعاقدين إلى البيع واتجهت إرادة المتعاقدين الآخر إلى عقد آخر بأن يقصد الرهن مثلاً، فإن الإيجاب والقبول لم يتطابقا لا على الرهن ولا على البيع.

2. الاتفاق على الشيء المبيع: ويعد ذلك من المسائل الجوهرية، مثلاً: إذا طلب شخص من

دار للنشر ان تبيعه كتاباً معيناً وتقبل ان تبيعه كتاباً اخر فإن العقد لا ينعقد لا على الكتاب المطلوب ولا على الكتاب الآخر. أي، يجب أن تنصب إرادة الطرفان على محل البيع أي على الشيء المبيع ذاته كما لو قصد بيع عين معينة كمنزل مثلاً، وإذا اختلفا بأن قصد أحدهما عين معينة وقصد الآخر عين أخرى كمنزل آخر بمواصفات أخرى لا يقع البيع صحيحاً على أيهما.

3. الاتفاق على الثمن: اذ لا ينعقد العقد إذا عرض أحد المتعاقدين البيع بثمن معين وقبل

الآخر الشراء بثمن اخر، لكن إذا كان الفرض عكسياً بأن يعرض البائع البيع بثمن معين ويقبل المشتري الشراء بثمن اعلى انعقد العقد على الثمن الأقل باعتبار ان المشتري الذي قبل الشراء بالثمن الأعلى قد تضمنت ارادته الشراء بالثمن الأقل، فإذا كان طالب الشراء هو البادئ فعرض الشراء بثمن اعلى مما رضي به البائع كانت اجابة البائع ايجاباً جديداً لا يحتاج إلى قبول لأنه في مصلحة المشتري. ويجب أن تتفق الإرادتين على ثمن البيع، ويجب أن يكون الثمن مقدراً في العقد أو على الأقل يكون قابلاً للتقدير، وتقدير الثمن يتم عادة باتفاق المتعاقدين عليه صراحة عند إبرام العقد، كما لو حدد الثمن بمائة ألف ليرة سورية أو أكثر أو أقل، ولكن لا يشترط أن يحدد المتعاقدان الثمن وقت إبرام البيع، فيجوز أن يقتصر على بيان الأسس التي يحدد الثمن بمقتضاها فيما بعد (٣٩٢) دون أن يحتاج الأمر إلى تعبير جديد عن إرادة المتعاقدين، وسوف نتعرض لأحكام الثمن عند دراسة التزامات المشتري.

وما دام المتبايعان اتفقا على البيع والمبيع والثمن، فقد تم البيع حتى وان سكتا عن تحديد الأمور التفصيلية) مكان التسليم، زمان التسليم وعلى عاتق من تقع المصاريف... (وعدم الاتفاق على هذه الأمور يدل على انصراف ارادة المتعاقدين إلى تطبيق القواعد المكملة التي نص عليها القانون في عقد البيع مما يجعل العقد تاماً.

هذه الحرية في التعاقد التي اتي عليها سلطان الإرادة من الممكن أن يشوبها بعض القيود الناتجة عن اعتبارات اقتصادية أو اجتماعية من شأنها ان تدفع المشرع إلى تقييد مبدأ الرضائية في عقد البيع كما في العقود الأخرى، إضافة إلى تلك القيود القانونية هناك القيود الاتفاقية التي تنأتى من اتفاق الطرفين منها على سبيل المثال لا الحصر

قد يلزم المشرع أحيانا الناس ببيع أو شراء أموال معينة يتصل التعامل بها بالمصلحة العامة، او يحظر البيع والشراء اطلاقا أو يخضع بعض البيوع إلى إجازة مسبقة أو اجراءات شكلية أو يحصرها بطائفة من الأشخاص أو يضع لها شروطا الزامية لا يجوز الاتفاق على خلافها. فقضى بشروط معينة باستملاك العقارات لإنجاز المشاريع العمرانية، كما اجبر المزارعين على بيع الدولة انتاجهم من الحبوب أو القطن أو التبغ و أوجب بيع أموال المدين بيعا قضائيا وفاءا لالتزاماته، و حدد أسعار بعض المواد الغذائية حماية للمستهلك و حظر الاتفاق على خلاف هذه الأسعار، كما اشترط الحصول على شهادة أو رخصة معينة لبيع المستحضرات الطبية و الادوية و الأسلحة و الكحول و الآثار القديمة المراد تصديرها، كما أن بيع الشقق على الهيكل العظمي تحتاج إلى تسجيل في السجل المؤقت اذا كان العقار في منطقة داخلية في التنظيم تحت طائلة البطلان عملا بالقانون.

إلى جانب القيود القانونية التي تحد من حرية البيع والشراء. يلتزم الناس أحيانا بمحض ارادتهم بتحديد حريتهم في التعاقد بالنسبة للمستقبل. وقد أوجد التعامل عددا من الاتفاقات التي تلزم أحد الطرفين بالبيع أو الشراء بشروط معينة.

المطلب الرابع. آثار الرضا

حتى يكون الرضا منتجاً لآثاره القانونية في عقد البيع يجب أن يكون صحيحاً طبقاً للقواعد العامة، وقد أضاف المشرع إلى القواعد العامة حكماً خاصاً يقضي بضرورة علم المشتري بالمبيع ليصح عقد البيع، وهو ما نص عليه القانون المدني التي استمدها المشرع من أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية، والمقصود بها هو أن يكون للمتعاقد الحق في فسخ العقد أو في إمضائه عند رؤية محله إذا لم يكن قد رآه عند إنشاء العقد أو قبله في وقت لا يتغير فيه. أولاً - العلم بالمبيع: ليس في تطبيق القواعد العامة على عقد البيع ما يحتاج إلى دراسة خاصة إلا ما يتعلق بالغلط حيث اشترط المشرع علم المشتري بالمبيع توفيقاً بين خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية وبين أحكام الغلط وأحكام تعيين المبيع في القانون الحديث، كذلك فإن للغبن في عقد البيع أحكام خاصة مكان دراستها عند دراسة الثمن باعتباره المحل الأساسي للالتزام المشتري. ونقتصر هنا على دراسة الحكم الخاص بالعلم بالشيء المبيع. وقد نص القانون المدني على إنه يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويُعد العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع أو أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع. ثانياً - تمييز العلم الكافي بالمبيع والتصرفات المشابهة:

١ - العلم الكافي بالمبيع والغلط: وقد أخذ المشرع في هذا النص من المادة السالفة الذكر بأكثر مما هو مقرر في أحكام الغلط في القانون المدني، فبحسب أحكام الغلط لا يجوز للمشتري أن يطلب إبطال البيع إلا إذا ادعى بوقوعه في غلط جوهري في الشيء المبيع، وعليه هو أن يثبت ذلك، ولا يكفي لإثبات ذلك ألا يكون المشتري قد سبق أن رأى الشيء المبيع طالماً إنه كان معيناً في العقد تعييناً كافياً وناقياً للجهالة.

٢- العلم الكافي بالمبيع وتعيين المحل: وقد أخذ المشرع في هذا النص بأكثر مما هو مقرر في أحكام تعيين المحل في القواعد العامة، حيث يكفي لانعقاد العقد أن يكون المحل معيناً أو قابل للتعيين ولو لم يكن المشتري قد شاهده بعينه.

٣- العلم الكافي بالمبيع وخيار الرؤية: وقد أخذ المشرع في هذا النص ببعض الأحكام المقررة في الشريعة عن خيار الرؤية ووفق بينها وبين الأحكام المقررة في القانون المدني عن الغلط أو عن تعيين المحل. ومن المقرر في المذهب الحنفي في الشريعة الإسلامية أن للمشتري خيار الرؤية إذا كان المبيع شيئاً بالذات ولم يره وقت الشراء، ويثبت هذا الحق للمشتري وحده دون البائع، وهو يعني حق المشتري في الرجوع عن الشراء عندما يرى الشيء المبيع ولو كان قد اشتراه على أساس صفات معينة وتطابقت الصفات على الموصوف.

المبحث الثاني. المحل في عقد البيع

المحل هو ركن في الالتزام وفي العقد، ولعل كان عقد البيع ملزم للجانبين فإنه ينشئ التزامات في جانب البائع محلها الشيء المبيع وينشئ التزامات مقابلة من جانب المشتري محلها الرئيسي هو الثمن. لذلك يكون لعقد البيع محلان هما المبيع والثمن.

نتناول فيه الشروط الواجب توافرها في المبيع في المبحث الأول، ثم ننتقل إلى بيان الثمن والشروط والواجب توافرها فيه وطرق تحديده في المبحث الثاني ثم ننتقل إلى الأهلية المطلوبة لإبرام عقد البيع وذلك في المبحث الأخير.

المطلب الأول. أحكام المبيع

وفقا للنظرية العامة للعقد، فإن أركان العقد هي التراضي والمحل والسبب، وإذا ما طبقنا هذه الأركان على عقد البيع نجد أن الأمر يحتاج لإيضاح في صدد ركني الرضا والمحل بينما في ركن السبب ليس ثمة اختلاف مع القواعد العامة التي وردت في نظرية الالتزام، وعلى ذلك سوف نتناول الشروط الواجب توافرها في المبيع.

المحل هو ركن في الالتزام لا في العقد ويعرف محل الالتزام بأنه هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، والمدين يلتزم أما بنقل حق عيني أو بعمل أو بالامتناع عن عمل أو محل الالتزام هو الأداء^٣

^٣ السنهوري: الجزء الرابع، البيع، المرجع السابق، ص ٢.

الذي يجب على المدين أن يقوم به، بينما محل العقد هو عبارة عن العملية القانونية التي يراد تحقيقها من

٣

٩

وراء ذلك .

وبتطبيق ذلك على عقد البيع، نجد أن عقد البيع عقد ملزم للجانبين كما سبق بيانه، فالبايع يلتزم أساساً بنقل ملكية المبيع، ويلتزم المشتري بدفع الثمن، معنى ذلك أن هناك محلان للبيع هما نقل الملكية والوفاء بالثمن.

وردت الشروط المتعلقة بمحل الالتزام في القانون المدني في المواد ١٣٢ إلى ١٣٦ وهي تطبق على محل الالتزام بوجه عام في مختلف العقود، ولم يرد في نصوص التقنين المدني نصوصاً تتناول المحل في عقد البيع بوجه خاص ولذلك فإن النصوص السابقة تطبق على عقد البيع، ولذلك نحيل إلى تلك النصوص لمعرفة شروط المحل كما وردت في النظرية العامة للالتزامات ونكتفي بالإشارة إلى تلك الشروط في عجالة.

يجب أن تتوافر في الشيء المبيع الشروط التالية.

الفقرة الأولى. وجود الشيء المبيع أو قابليته للوجود

أي إنّه يجب أن يكون المبيع موجوداً وقت إبرام العقد أو قابلاً للوجود في المستقبل، وإذا لم يكن الشيء المبيع موجوداً أو غير قابل للوجود في المستقبل، فلا يصح البيع، وكذلك ان وجد وهلك قبل البيع فالبيع باطل أيضاً أما إذا كان المبيع موجود وقت انعقاد البيع لكن هلك قبل التسليم فالعقد يكون قابلاً للفسخ. فقد نصت المادة ١٣٣ مدني على إنّه " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً " أما إذا هلك المبيع أثناء إبرام العقد هنا نميز بين الهلاك التام والهلاك الجزئي.

^٢ عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ١٩٦٢ الجزء الأول، ص ٢٠٥.

- إذا كان الهلاك بشكل تام، فإن العقد لا ينعقد والسبب في ذلك هو غياب عنصر الالتزام من قبل البائع، وهو تقديم الشيء المبيع، كأن يكون محل الالتزام سفينة قد غرقت أثناء إبرام العقد أو سيارة احترقت في صالة الشركة البائعة أو وقعت في حادث كبير ولم تعد صالحة للاستعمال. في كل هذه الأمثلة يماثل الاجتهاد القضائي إلى حالة الهلاك التام. فإذا كان المشتري وحده الذي يعلم بهلاك المبيع فلا مسؤولية على البائع في هذه الحالة وإذا كان قد دفع الثمن فلا يجوز استرداده لأنه لم يدفعه عن غلط، يفترض إنَّه قد أوفى به على سبيل التبرع إلا إذا كان ناقص الأهلية أو قدم الدليل على إنَّه أكره على هذا الوفاء. هذا عن هلاك الشيء قبل التعاقد أو أثناءه. أما إذا هلك الشيء هلاكاً كلياً بعد التعاقد وقبل التسليم فالبيع صحيح ولكن يفسخ العقد لاستحالة التنفيذ.

- أما إذا كان الهلاك جزئياً هنا يختلف الحكم عن سابقه، هذا لا يؤثر تأثيراً كبيراً على مجرى العقد لكن يمكن تقريبها على حالة العيب الخفي ويكون للمشتري الخيار بين تكملة العقد مع الحق في تخفيض الثمن أو الاحجام عن الشيء واعتبار العقد كأن لم يكن.

كما يمكن تطبيق حالة هلاك الشيء المبيع وفقاً لنص المادة ١٤٤ مدني سوري، ويقابلها في القانون الفرنسي ٢/١٦٠١ إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل هذا الشق من العقد ويبقى العقد صحيحاً ما لم يتبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً فيبطل العقد بأكمله، أي إذا كان الهلاك جسيم بحيث لم يكن المشتري ليبرم العقد لو علم بهذا الهلاك الجزئي وقت التعاقد، هنا يبطل البيع ويعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ويمكن المطالبة بالتعويض إذا كان هناك مقتضى. أما إذا كان الهلاك يسير، بحيث لو علم به المشتري عند التعاقد

لما أثر على عملية التعاقد، في هذه الحالة يتم البيع على الجزء المتبقي ويبطل بالنسبة إلى الجزء الهالك حسب النص القانوني.

أحياناً، قد يكون الهالك قانونياً، وذلك بانقضاء الحق المبيع ذاته من قبل شخص آخر. كما لو بطل الحق المبيع لتدليس ارتكبه البائع حيال سلفه الذي نقل إليه ذلك الحق أو الغاء رخصة إدارية حصل عليها البائع أو استملك الشيء المبيع أو كان محل البيع براءة اختراع وانقضت مدتها قبل البيع أو حق انتفاع أو غير ذلك.

ومع ذلك يجوز بيع الأشياء المستقبلية، بشرط أن تكون قابلة للوجود في المستقبل فقد نصت المادة ١٣٢ مدني على إنه " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً " كالمحصول الزراعي في المستقبل، أو بيع أسهم الشركة التي تكون قيد الإنشاء، أو عندما يبيع الصانع أشياء يلتزم بصناعتها. في هذه الحالة يلتزم الصانع حيال المشتري بالقيام بعمل يتوقف عليه وجود الشيء المبيع في المستقبل، فإذا أوفى بالتزامه نفذ العقد وإلا جاز للمشتري فسخه لعجز أو امتناع البائع عن تنفيذ التزامه. وقد يكون الشيء المستقبلي احتمالي الوجود، كما لو باع شخص ما ينتج من محصول ما، فالإنتاج قد يوجد وقد لا يوجد وعليه فإن تكييف هذه الحالة بأن البيع قد يكون معلق على شرط واقف يتحقق إذا وجد المبيع. والحكمة من بيع الأشياء التي توجد في المستقبل هي حاجة الناس إليها. كما أنها كثيرة الوقوع في عصرنا الحاضر.

ومن الممكن أن يقع البيع على شيء احتمالي بحت، هذا النوع من البيوع قائم على الحظ وما يطلق عليه عقد الغرر، كبيع أوراق اليانصيب أو بيع صياد السمك ما يصطاده من ضربة شبكه. في هذه الحالات يتحمل المشتري تبعه وجود المبيع أو عدمه ويبقى في كلتا الحالتين ملزماً بالوفاء بالثمن ولو لم يتحقق وجود المال في المستقبل.

أحياناً يفرض المشرع قيوداً على بيع الأشياء المستقبلية الاحتمالية لاعتبارات خاصة كبيع الحقوق المتنازع فيها، فهذه الحقوق قد توجد وقد لا توجد.

ولقد ورد استثناء في هذه المادة في الفقرة الثانية وهو بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة حتى ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها قانوناً.

الفقرة الثانية. إمكانية الشيء المبيع

إضافة إلى شرط وجود المبيع يجب أن يكون ممكناً يستفاد ذلك من نص المادة ١٣٣ مدني حيث نصت " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً " والاستحالة قد تكون استحالة نسبية أو استحالة مطلقة والاستحالة المطلقة هي التي تؤدي إلى بطلان العقد وتكون الاستحالة مطلقة إذا كانت كذلك بالنسبة للكافة أي أن هناك استحالة مطلقة للجميع في شأن تنفيذ الالتزام، وأما الاستحالة النسبية فهي تكون كذلك بالنسبة للمدين فقط، أي أن يكون من شأنها هذه الاستحالة بطلان العقد . وحتى يترتب على الاستحالة المطلقة بطلان العقد، فإنه يجب أن تكون متعاصرة مع وقت إبرام العقد، أما إذا كانت الاستحالة لاحقة على انعقاد العقد فلا تؤدي إلى البطلان بل أنها تؤدي إلى انقضاء العقد بعد وجوده إذا كانت ناتجة عن سبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

الفقرة الثالثة. مشروعية الشيء المبيع

أي يجب أن يكون الشيء المبيع مشروعاً أي مشروعية المحل، ودليل ذلك ما تنص عليه المادة ١٣٦ " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً "، بمعنى إنّه إذا كان المحل

^٤ محمد حسنين: مرجع سابق، ص ٥٠.

غير مشروع بمخالفته للنظام العام والآداب، فإنه يكون باطلاً لا ترد عليه الإجازة، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به، وللقاضي الحكم به من تلقاء نفسه. والأشياء التي يُعد التعامل بها مخالفاً للنظام العام أو الآداب يكون مصدر المنع القانون وأحياناً لا يقوم المشرع بوضع نص خاص بتحديد الأشياء المخالفة للنظام العام أو عدم مخالفته وهذا متروك للسلطة التقديرية للقاضي. لكن من الحالات التي ورد بصدها نص خاص كتحريم الإتجار بالمخدرات وتحريم التعامل بتركة إنسان وهو على قيد الحياة وتحريم الربا الفاحش أو مؤخراً منع التعامل بالدولار أو الذهب.

ومن صور عدم المشروعية خروج الشيء عن دائرة التعامل، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محل للحقوق المالية. وعلى هذا الأساس يجب أن يكون الشيء داخلاً في دائرة التعامل التجاري، وهو ما جاء في نص المادة ١٥٩٨ من القانون المدني الفرنسي كما أوجب المشرع السوري في المادة ٨٣ / ١ منه أن يكون الشيء المبيع غير خارج عن التعامل وأن يكون محلاً للحقوق المالية.

يجب أن يكون محل أي عقد وحكما عقد البيع مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب، فكل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو حكم القانون يصلح أن يكون محل للحقوق المالية.

١. الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها: هي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها مثل: الهواء، الشمس، ماء البحر وبالتالي لاتصل حان تكون محل لعقد البيع فهي من الأشياء الغير قابلة للتملك، لكن استحالة التعامل بهذه الأشياء متوقف على بقاء هذه الاستحالة فإذا زالت أمكن التعامل بها.

٢. الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون: وهي نوعان

• أشياء خرجت عن التعامل بحكم القانون تقديراً للغرض الذي خصصت له كالأموال العامة، كما

حددت في المادة ٩٠ من القانون المدني ما يدخل ضمن أموال الدولة بقولها " ١ . تُعدُّ أموالاً

عامة، العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل، أو بمقتضى قانون أو مرسوم. ٢. وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها، أو الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم". وهذا النوع من الأشياء لا يجوز أن تكون محلاً للتعامل بها بحكم القانون وذلك لأن هذه الأشياء مملوكة للعامة والدولة حارسة عليها وفقاً للقانون الإداري، ولا يجوز الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.

• أشياء خرجت عن التعامل بحكم القانون لأنها محرمة حيث يرى المشرع التعامل فيها إخلالاً بالنظام العام كالمخدرات . وتجارة الأسلحة المحظورة، والسموم، وكذلك الحقوق السياسية والحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية والملاصقة للشخص كالحق في الاسم وحقوق الأسرة والحريات العامة والحق الأدبي المقرر على الإنتاج الفكري وهذا الحق يختلف عن الحق المالي الناجم عن استثمار الإنتاج الفكري . وقد يكون عدم جواز التصرف بالشئ اتفاقياً، وهذا ما جاء في المادة ٢/٧٧٨ " إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معينة. ويجوز أن تستغرق هذه المدة مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه وإذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً. والشرط المانع من التصرف يدخل في دراسة أحكام الملكية وذلك لاعتباره مقيداً لإحدى سلطات الملكية وهي التصرف.

• وأخيراً من صور البيع التي يثار البحث عن مدى مشروعيتها محلها ما يسمى بيع زبائن المحال التجارية أو بعض زبائن المهن الحرة. فقد يبيع التاجر محله التجاري متضمناً عناصره المادية

^٤ محمد حسنين: عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة ٢٠٠٥، بن عكنون الجزائر، ص.

والمعنوية بما في ذلك حكماً عنصر الزبائن، ويكون هذا البيع جائزاً في القوانين الوضعية لكن بيع العملاء مستقلاً عن المحل غير جائز وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي. لكن الاجتهاد القضائي يقبل الاتفاق الذي يتضمن تعهداً من الطبيب أو المحامي أو المهندس بالامتناع عن مزاوله مهنته في نطاق مكاني محدد كأن يتمتع عن فتح مكتب أو متجر مجاور ومماثل لمحل البيع.

الفقرة الرابعة. تعيين الشيء المبيع

ورد بالمادة ١٣٤ مدني أنه:

- (١) إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.
- (٢) ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظرف آخر، التزام المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط.
- فيجب أن يكون المبيع معيناً في العقد أو قابلاً للتعيين، فإذا لم يكن محل الالتزام معيناً في العقد، وجب أن يتضمن العقد على الأقل الأسس التي يتم بمقتضاها هذا التعيين مستقبلاً، وتختلف الطريقة التي يتم بمقتضاها هذا التعيين بحسب ما إذا كان المبيع من الأشياء القيمة أو المثلية.
- ويعين الشيء القيمي بذاته، ووجب أن تكون ذاتيته معروفة فيوصف وصفاً يكون مانعاً للجهالة، فإذا كان المبيع أرضاً زراعية فأنها تعين عن طريق تحديد معالمها وبيان حدودها بتحديد موقعها ببيان الناحية والحوض وبيان المساحة وتعيين حدودها، وإذا كان البيع منزلاً وجب بيان موقعه والجهة وأوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره من المنازل.

وأما إذا كان الشيء المبيع غير معين بذاته، أي كان من المثليات، وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره، كما في بيع القطن أن يذكر نوع القطن ومقداره، أما إذا كان بيع الشيء من المثليات التي تتفاوت فيها درجة الجودة، ولم يتضمن العقد تحديداً لدرجة الجودة، فإنه يجب على المدين أن يسلم الدائن شيئاً من صنف متوسط وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٣٤ السابقة.

وكثيراً ما يترك تعيين المحل للمألوف أو للعرف، أما الجزاء على عدم التعيين أو عدم القابلية للتعيين فإن العقد يبطل وفقاً للفقرة الأولى من المادة ١٣٤.

تعيين الشيء المبيع يتم بطرق أخرى كالبيع بالتقدير والبيع الجراف والبيع بالعينة.

- البيع بالتقدير: هو البيع الذي يستلزم لتعيين المبيع فيه وزن أو كيل أو عد، فالمبيع لا يتعين إلا بعد القيام بإحدى هذه العمليات حسب طبيعة المبيع. ويترتب على هذا التقدير انتقال الملكية لأنه به يتم التعيين. والأصل أن يتم الإفراز بحضور كل من البائع والمشتري أو من ينوب عنهما ما لم يتفق على خلاف ذلك أو يجري العرف على خلافه. وتبعية الهلاك لا تتم إلا بالتسليم.
- البيع الجراف: هذا النوع من البيوع يرد على مجموعة من الأشياء المعينة دون تفصيل مفرداتها ويكون عن طريق تحديد المكان التي توجد فيه أو عن طريق القائمة أو بأي طريق أخرى مقابل ثمن واحد بغض النظر عن الوزن أو القياس أو العد.

ويطلق على هذا النوع من البيع بالبيع المجل و يرد على الأموال القيمة والمثالية على السواء كبيع مجموعة من الملابس، أو أي مال دون تحديد مشتملاته، كمخلفات مصنع دون تحديد الأشياء الداخلة فيه، ويأخذ هذا البيع حكم الشيء المعين بالذات، وذلك لأن عدم معرفة قدر المبيع أو مفرداته تجعل محل التزام البائع غير محدد المقدار، والتعاقد في هذه الحالات يوجد فيه نوع من المخاطرة، لذلك أطلق عليه الفقهاء الفرنسيون اصطلاح البيع المجل أو المخاطرة

وفي الحقيقة هذا الاصطلاح أكثر دلالة عن حقيقته أما عبارة البيع الجزاف فهي أقرب إلى البيع الاحتمالي الذي يتناول مجرد احتمال الشيء.

بالإضافة إلى ذلك، إن بيع الجزاف يقع على كاهل المجموعة المعينة بذاتها أو جزء أو حصة أو نسبة وفي جميع هذه الحالات لا يقف البيع على تحديد مفرداته كبيع شخص جميع كمية السكر أو القمح أو القماش الموجود في مخزنه وعين المخزن تعييناً كافياً فإن البيع يكون في هذه الحالة جزافاً.

ولا يغير في طبيعة هذا البيع أن يكون الثمن في حاجة إلى تقدير عن طريق عملية حسابية بسيطة. فالثمن وإن كان غير معين لكن يحتاج إلى تحديد مقدار المبيع وإن العقد يتضمن عناصر تحديده. مثلاً بيع كمية من الزيت الموجود في براميل في مستودع البائع، إن تحديد سعر اللتر بعشرة آلاف ليرة سورية لا يُعد من طبيعة بيع الجزاف وذلك من أجل حساب السعر الإجمالي للكمية المباعة. على العكس إذا حدد المقدار ١٠٠ طن من الزيت أو الحبوب فلا يُعد هذا البيع جزاف بل بيع بالتقدير حسب نص المادة ٣٩٧ يكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن على تقدير المبيع.

الفقرة الخامسة. ملكية البائع للمبيع

عقد البيع من العقود الناقلة للملكية لكن فاقده الشيء لا يعطيه فما حكم من يبيع ملك غيره. لما كان أساس التزام البائع الرئيسي في عقد البيع بتناول نقل الحق للمبيع إلى المشتري فإذا انتفى وجود هذا الحق بطل البيع لافتقار التزام البائع إلى محل وهو ما يهملنا هنا إلا أن كون البطلان المنصوص عليه خارجاً عن القواعد العامة والمألوفة، اختلاف فقهاء القانون في نوع البطلان أي الجزاء

الذي يلحق ببيع ملك الغير. نظم المشرع السوري بيع ملك الغير بشكل مفصل فنصت المادة ١/٤٣٤ على إنه " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع".

أ. شروط بيع ملك الغير

ألا يكون البائع مالكا المبيع بتاريخ التعاقد: ولا يعتد بعلم المشتري بهذه الواقعة عند التعاقد، فإذا جهلها أمكنه التمسك بغلظه إلى جانب انتقاء سبب التزامه ومطالبة البائع بالتعويض أما إذا كان عالما بانتقاء ملكية البائع فمعنى ذلك إنه قبل الشراء بأمل إجازة المالك البيع أن يؤدي البيع إلى نقل الملكية فوراً وذلك كما في بيع الأشياء المعينة بالذات إذا لم يكن ثمة اتفاق أو نص دون نقل الملكية الفوري كما هو الحال بالنسبة للتسجيل بالمركبات والفرز في العقارات وبالتالي انتقاء ملكية البائع للمبيع بتاريخ التعاقد لا يبطل البيع إذا كان محل العقد من:

١. المثلثات التي لا يمتلكها المشتري الا بفرزها: يرجع ذلك إلى ان البائع يلتزم في هذه الحالة بأن يؤدي إلى المشتري شيئاً يتوافر فيه الوصف المطلوب. كما أن ملكية الشيء المعين بالنوع لا تنتقل إلى المشتري مباشرة، بل لا بد من القيام بعملية الفرز، وبناءً على ذلك لا يجوز للمشتري طلب إبطال العقد لأن التنفيذ العيني ممكن في هذه الحالة.

٢. البيع المؤجل فيه انتقال الملكية إلى موعد لاحق أو المعلق على قيام بعمل معين: وفقاً لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين. كذلك إن الشيء المستقبلي لم يعين بعد بذاته فلا يقال إن البائع مالك له أو غير مالك، ولا يحسم الأمر إلا إذا عين بالذات، فبيع الأشياء المستقبلية يرتب التزام على البائع بنقل الملكية وهو شيء قابل للوجود، ولا يمكن القول باستحالة تنفيذه قبل حلول أجل وفاء به، فإذا تم الوفاء يكون البائع قد نفذ التزامه وإلا كان للمشتري فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع التزامه وليس ابطال العقد. كذلك بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط واقف لا

يُعد بيعاً لملك الغير، البائع هنا باع ما يملك وإن كان هذا البيع مهدد بالزوال بأثر رجعي فإذا تحقق الشرط الواقف أصبحت ملكية المشتري باتة ومؤكدة.

٣. ألا يملك المشتري المبيع نتيجة العقد إذا سلم البائع المشتري الذي كسب ملكيته بالاستناد إلى ذلك السبب الصحيح بالحيازة أو التقادم فلا تقبل دعوى الإبطال لانتفاء السبب. وهذا يفرض ألا يكون الشيء مملوك للبائع ويترتب على ذلك، إذا تعهد شخص لآخر بأن يجعل المالك يبيع شيء معين - هذا مجرد تعهد عن الغير لا ينشئ أي التزام على المالك، وإنما ينشئ على المتعهد التزام بحمل المالك على بيع هذا الشيء. من الممكن أن يعلم بذلك ويتحقق البيع أو يفشل بذلك وعندئذ يتحمل المسؤولية بدفع تعويض مناسب.

٤. بيع الشيء الشائع من طرف أحد الشركاء: كذلك لا يعد بيعاً لملك الغير والسبب أن الشريك على الشيوع يملك حصة في الشيء المملوك على الشيوع كله، فحقه يرد على كامل الشيء المملوك على الشيوع وإن كان محدداً بقدر حصته، بالمقابل إن بيع المال الشائع بدون رضا الشركاء الآخرين يكون جزئياً بيع ملك الغير، وذلك لبيع الشريك كامل المال الذي لا يملك إلا حصة منه، هنا سيكون البائع ملتزماً بنقل ملكية أكثر مما يملك، لكن البيع مع ذلك يكون صحيحاً بالنسبة للجزء الذي يملكه البائع على الشيوع، ويكون من حق المشتري طلب إبطال العقد على أساس المادة ١/٤٣٤ مدني سوري، إن كان جاهلاً أن البائع لا يملك إلا على الشيوع وكان يهدف من الشراء المال كله لا جزءاً منه.

٥. بيع الوارث الظاهر لا يقع باطلاً وإنما يقع صحيح إذا توافر فيه شرطان:
إذا كان المشتري حسن النية لا يعلم أن البائع غير مالك للشيء.

الخطأ الشائع: يحدث أحياناً أن يشتري شخص شيء معين من آخر ويعتقد أن البائع هو المالك لذلك فإن الخطأ الشائع يولد الحق، طبعاً الإقرار بصحة هذا البيع في هذه الحالة تمليه اعتبارات تتعلق باستقرار المعاملات بين الناس.

ب. حكم بيع ملك الغير

الانتقادات التي وجهت للآراء التي حاولت المساس بأساس بطلان بيع ملك الغير في القواعد العامة، توجه أغلب الفقه إلى القول بأنه بطلان من نوع خاص بنص خاص أنشأه المشرع لمصلحة قدرها؛ وهي مصلحة المشتري، وجعل له الحق في طلب إبطال البيع أو إجازته، وكذا مصلحة المالك الحقيقي بعدم نفاذ هذا البيع في حقه إلا بعد إقراره له، فهو قابل للإبطال لمصلحة المشتري وغير نافذ في حق المالك الحقيقي إلا بإقراره له.

- وكما سبق فإنّه بمجرد ثبوت عدم ملكية البائع للمبيع فإنّه يحق للمشتري طلب الإبطال سواء كان يعلم وقت البيع بعدم ملكية البائع أو لا يعلم بذلك.

- أما إذا كان حسن النية فله بالإضافة إلى ذلك الحق في مطالبة البائع بالتعويض وأساس مسئوليته عن التعويض هو الخطأ التقصيري فيحصل على تعويض كامل يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

- ويسقط حق المشتري في طلب إبطال العقد بسقوط الدعوى بالتقادم خمس عشر سنة من العقد أو انقضاء سنة من علمه انتفاء ملكية البائع للمبيع، أو إجازة المشتري للعقد، أو تملك المشتري المبيع بالحيازة في المنقول، أو بالتقادم المكسب الطويل أو القصير في العقار، كما يسقط حق المشتري في طلب الإبطال إذا تملك البائع المبيع بعد العقد، أو أقر المالك الحقيقي البيع.

الحياسة الممتدة لفترة من الزمن مع توافر شروط معينة تؤدي إلى عدم سماع الدعوى وهذا الحكم

ينطبق على العقار

أن المالك لا يتمكن من استرداد العين إذا اكتسب الحائز ملكيتها بالتقادم الخمسي في العقار، أو بموجب قاعدة الحياسة في المنقول، كما أن المالك لا يستطيع - إذا هلك العين - الرجوع على الحائز حسن النية إلا بمقدار ما عاد على الحائز من فائدة بسبب هذا الهلاك.

وفق ما جاءت عليه المادة ١/٤٣٥ " إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري"، فهناك مجموعة من الآثار التي ستترتب على العلاقات المختلفة بين المالك والمشتري، قد تبين إنه إذا تحقق صدور الإجازة ممن له الحق فيها، فإنها تحفظ العقد وتجعله يلزم ويستقر بصفة باتة ونهائية، وأن الإجازة عبارة عن رضا لاحق، تؤدي إلى إسقاط الحق الذي يمنع العقد من النفاذ، فيزول المانع وتترتب آثاره، والإقرار ويمكن في هذا الصدد الإشارة إلى الآتي: -

- أن إجازة عقد البيع من قبل المالك السابقة لرفع دعوى الإبطال من قبل المشتري تجعله ينفذ بأثر رجعي يعود إلى تاريخ إبرام العقد. على ألا يضر هذا الأثر بحقوق الغير المكتسبة في الفترة بين إبرام العقد والإقرار، ويصبح المالك (المقر) طرفاً متأخراً في العقد، ويصير البائع نائباً عنه، وتنظم العلاقة المختلفة الناشئة عن العقد على ضوء ذلك.

- أن العلاقات القائمة بين الأطراف بعد إجازة العقد من قبل المالك تنظم بموجب قاعدة (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) ويصبح العقد المجاز كأنه موجود، وبذلك يصير البائع وكيلًا تطبق عليه أحكام الوكالة. أما قبل الإجازة فلا يكون للعقد أي أثر على المالك الحقيقي طالما لم يقر البيع تبعا لمبدأ نسبية العقود.

كما لا يجوز للمشتري العودة على البائع إذا اكتسب البائع الملكية على الشيء المبيع بعد العقد لأي سبب من أسباب الملكية وقبل لافع دعوى الإبطال من قبل المشتري وفق ما جاءت عليه المادة ٢/٤٣٥ مدني سوري فينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد. تعليل ذلك أن البائع يكون ملتزماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وإن الالتزام بنقل الملكية ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق. فإذا تخلف انتقال الملكية على الشيء من وقت العقد بسبب عدم ملكية البائع للمبيع. فيتربط على ذلك إنه بمجرد زوال هذا المانع أي بأيلولة الملكية إلى البائع، انتقلت الملكية من تلقاء ذاتها إلى المشتري وارتفع بذلك الضرر الذي كان يشكو منه المشتري مما يؤدي إلى سقوط حقه بالمطالبة بالإبطال. كما لو ورث البائع المبيع انتقلت الملكية إلى المشتري من وقت ثبوت الإرث للبائع وانتقلت إليه جملة الحقوق التي سبق أن رتبها عليه المورث سواء قبل عقد البيع الصادر من غير المالك أو بعده.

كما أن المشرع أعطى المشتري فقط حق المطالبة بإبطال العقد وذلك لأن العقد عاجز عن نقل الملكية بدل الثمن الذي دفعه، أما البائع فإن العقد يخوله كل الحقوق التي تنشأ عن العقد الصحيح وخاصة اقتضاء الثمن. لكن إذا كان البائع لا يجوز له طلب الإبطال على أساس إنه باع ملك غيره، لكن يجوز له طلب الإبطال طبقاً للقواعد العامة، إذا كان قد وقع في غلط جوهري وتوافرت شروط الغلط واهمها ان يكون الغلط جوهرياً وكان الباعث للتعاقد، على أن يكون المشتري عالماً أن البائع قد وقع في الغلط أو يستطيع أن يعلم بذلك.

حكم العقد بالنسبة للمالك. حسب نص المادة ٢/٤٣٤ في كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المباعة ولو أجاز المشتري العقد. إن المالك أجنبي عن العقد فلا يضاربه ولا تنتقل الملكية منه إلى المشتري دون رضاه. وقد تقدم أن المشتري يملك إجازة العقد بالنزول عن حقه بإبطاله. لكن هذه

الإجازة ولو أنها تجعل العقد غير قابل للإبطال، فلا يمكن أن تؤثر في حق المالك ويبقى العقد عاجزاً على نقل الملكية إلى المشتري. ومن جهة أخرى، ليس معنى ذلك أن العقد لا يمكن أن يؤثر على المالك بأي حال. قلنا إنه غير نافذ في حق المالك وعاجز عن نقل الملكية إلى المشتري لكن يعد سنداً ويفيد بكسب الملكية بغير الطرق الناقلة للملكية السابقة. كما هو الحال والحيازة في المنقول، فإذا كان المبيع منقولاً وتسلمه المشتري بحسن نية بناءً على هذا العقد الصادر من غير المالك، جاز له أن يكسب ملكيته عن طريق الحيازة وفقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. وإذا كان المبيع عقاراً وتسلمه المشتري بحسن نية جاز له أن يكسب ملكيته بمضي خمس سنوات أي عن طريق التقادم القصير. في كلتا الحالتين يفقد المالك الملكية ويكون العقد الذي صدر من غير المالك أحد العوامل الفعالة في ذلك. لذلك من مصلحة المالك ولو لم يكن طرفاً في عقد البيع أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكاً للشيء المبيع لاسترداده، عندها يمكن للمشتري أن يعود على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق أو الفسخ أو الإبطال. ورجوع المالك على البائع بالتعويض يكون في حالة عدم تمكنه من استرداد المبيع من بين أيدي المشتري والذي تملكه بالتقادم أو الحيازة. ويكون سبب رجوعه على البائع بالتعويض، هو ما أصابه من ضرر بسبب فقد المبيع ومصدر التعويض هو خطأ البائع فقد تسبب بالضرر على المالك الحقيقي ببيعه شيئاً مملوكاً للآخر.

المطلب الثاني. أحكام الثمن

عرفت المادة ٣٨٦ مدني عقد البيع بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي، يتضح من ذلك وكما سبق القول، أن المقابل في عقد البيع لابد وأن يكون نقدياً أي مبلغ من النقود ويلتزم المشتري بدفعه إلى البائع في مقابل نقل ملكية المبيع.

الفقرة الاولى. طبيعة الثمن في عقد البيع

والثمن عبارة عن مبلغ من النقود يدفعه المشتري في مقابل انتقال الحق المبيع إليه، والثمن ركن أساسي في عقد البيع، فإذا انعدم لم تكن بصدد عقد بيع، واشتراط أن يكون الثمن مبلغ نقدي هو ما يميز البيع عن المقايضة كما سبق بيانه. ونظراً لأن الثمن هو الالتزام الرئيسي للمشتري فإنه بمثابة المحل في عقد البيع، ولذا يشترط في الثمن أن يكون نقدياً وأن يكون حقيقياً أي جدياً وليس تافهاً، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين أي أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير بعبارة أخرى هو ما ننقل إليه.

الفقرة الثانية. الشروط الواجب توافرها في الثمن

أ. يجب أن يكون الثمن نقدياً

يستفاد هذا الشرط من نص المادة ٣٨٦ التي نصت على ضرورة أن يكون المقابل ثمن نقدي، وهذا ما يميز البيع عن غيره من عقود التبرع وأيضاً ما يميزه عن المقايضة. وضرورة كون الثمن نقدياً يعني إنه إذا ما اتفق المتعاقدان على نقل ملكية شيء أو حق مالي ما في مقابل أي عوض غير النقود، فإن العقد لا يكون بيعاً، بل يمكن أن يكون أي عقد آخر بخلاف البيع، بحسب الأحوال.

المهم إذن أن يكون الثمن نقدياً ومتى كان كذلك فإنه لا تهم طريقة دفعه أو الوفاء به، فيستوى أن يكون الوفاء جملة مرة واحدة أو مقسطاً ويستوي أن يدفعه المشتري الطرف الثاني في العقد أو أن يدفعه غير المشتري لحساب المشتري كما لو اشترى الأب بنقوده مالا على ذمة ابنه. ولا يغنى عن النقود شيء آخر في الثمن حتى لو كان هذا الشيء الآخر من المثليات، وحتى لو كان له سعر نقدي معروف في البورصة أو في الأسواق فتعيين الثمن غلاماً أو أقطاناً مسعرة في البورصة لا يجعل العقد بيعاً لأن الغلال وإن سهلت معرفة ما يعادلها من النقود بالرجوع إلى سعرها في البورصة لا تزال غير نقود، فالعقد يكون مقايضة .

أما إذا الثمن بعضه نقود وبعضه غير نقود نظر إلى العنصر الغالب فإن كان هو النقود كان العقد بيعاً، وأن كان هو البديل غير النقود كان العقد مقايضة، وعند الشك يكون العقد مزدوجاً، فهو بيع في حدود الثمن النقدي ومقايضة في حدود البديل غير النقدي، فإذا اشترى شخص سيارة جديدة بخمسين ألفاً ومع هذا المبلغ سيارة قديمة كانت عند المشتري قومت بخمسة آلاف كان العقد الغالب هنا هو الثمن النقدي، فالعقد بيع وهذا الاتفاق يكون فيه المبيع مبلغاً من النقود ومالاً آخر.

وعلى ذلك فإنه إذا التزم أحد المتعاقدين بأن ينقل إلى الآخر ملكية دار معينة في مقابل التزام الثاني أن ينقل إليه ملكية عشرة أفدنة محددة، كان عقدهما مقايضة لا بيعاً، وإذا كان التزام الأول نقل ملكية داره في مقابل التزام الثاني بإيواء الأول وتزويده بما يلزمه مدة حياته من طعام وكساء وعلاج، فإن العقد لا يكون بيعاً بل عقداً غير مسمى لأن المقابل ليس ثمناً نقدياً بل تعهداً بعمل .

^٤ انظر السنهاوي: المرجع السابق، ص ٤٦٢.

^٤ انظر سليمان مرقس: المرجع السابق، فقرة ٩٣، ص ٢٢٢. عبد المنعم البدرأوي: المرجع السابق، ص ١٠٥. جميل الشرقاوي: المرجع السابق، ص ١٢٨ وما بعدها.

كذلك لا تُعدّ الخدمة التي يؤديها أحد الأطراف للآخر كمقابل ولا يُعد ثمنًا ولا يعد العقد بيعاً، كما لو نقل أحد الأشخاص إلى الآخر ملكية منزل في مقابل خدمات سبق أن أداها له المتصرف إليه.

وقد يتفق الطرفان على جعل المقابل مبلغاً معيناً من النقود وأن يتفقا في الوقت نفسه على تحويل هذا المبلغ إلى إيراد دائم أو إيراد مرتب للبائع مدى حياته. هنا الفرق بين الثمن المقسط والإيراد المرتب - إن الثمن المقسط يكون محدداً ويستنزى من أصل الثمن كل قسط تم الوفاء به وينتقل الالتزام في الأقساط الباقية إلى الورثة بعد وفاة المدين. أما الإيراد المرتب فلا يعني مقداراً ما التزم به المتعهد ولا يحدد منه إلا القسط الواجب الأداء في كل فترة وتتجدد أقساطه بتجدد الفترات وينقضي بوفاء صاحبه ولا ينتقل إلى الورثة بعد الوفاة. نستطيع أن نبين من ذلك، أن المقابل في حالة الإيراد المرتب ليس هو الأقساط التي تدفع في مواعيدها بل الحق في الإيراد ذاته وهو لا يتأثر بما يدفع من أقساط، والفقهاء يجمع على اعتبار هذا العقد بيعاً . على أنه لا يعد إيراداً نقدياً مدى الحياة ولا يصح أن يكون ثمناً - إذا اتفق شخص مع آخر على أن يعطيه داراً للسكن مقابل أن يقدم له الآخر مسكناً وطعاماً وشراباً وما إلى ذلك من نفقة. والسبب في ذلك أن التزام الطرف الثاني بالإعالة ليس محله نقداً ولو أمكن تقديره بالنقد، إنما هو التزام بعمل، كذلك هنا العقد لا يكون مقايضة لأن طبيعة عقد المقايضة تقتضي نقل ملكية أو حق عيني والالتزام هنا هو التزام بعمل لذلك يمكن تحديد هذا النوع من النقود بأنه عقد معاوضة غير مسمى يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يعول المتعاقد الآخر مقابل عوض يأخذه منه.

من القيود التي يفرضها المشرع على حرية المتعاقدين إلزامه الأطراف بأن يكون الدفع بمقتضى النقود الورقية، ولا يجوز بالتالي الاتفاق على الوفاء نقداً بما يعادل قيمة الذهب وقت الوفاء، لأن مثل هذه الاتفاقات تؤثر على القيمة الاقتصادية للعملة الورقية ونظراً لما حدث في فرنسا من قبول الدفع بالذهب

^٤ سليمان مرقس: المرجع السابق، ص ٢

في المعاملات الخارجية وبطلانه في المعاملات الداخلية، اشترط المشرع الدفع بالعملية النقدية بحيث أن كل دفع يتم بوسيلة أخرى لا يمكن عد العقد بيعاً حتى ولو كان المقابل قابل للتقييم مالياً كما هو الحال بالنسبة للأسهم والسندات التجارية.

ب. يجب أن يكون الثمن جدياً

يجب إضافة إلى كونه مبلغاً نقدياً أن يكون الثمن جدياً أي حقيقياً بمعنى إذا كان الثمن تافهاً أو صورياً عبارة عن دفع صوري، فإذا كان كذلك لا يتحقق الشرط الثاني ولا ينعقد البيع، إلا إنه قد يكون هبة، ويتحقق ذلك إذا اتفق في عقد البيع على ثمن معين، ثم نص في العقد نفسه على إبرام البائع المشتري من الثمن، فلا يُعد العقد بيعاً لعدم جدية الثمن، أما إذا كان الهدف من الصورية هنا هو التحايل على أحكام القانون، كما في التحايل للهروب من رسوم التسجيل التي تكون مرتفعة مع الثمن، ولذلك يلجأ الأطراف إلى ذكر ثمن أقل من الحقيقي حتى يدفع المشتري رسوم تسجيل ضئيلة، فإن الثمن يكون هنا أيضاً حقيقياً ويظل العقد بيعاً. المهم هو أن يكون الثمن حقيقياً أي أن تتجه إرادة كل من البائع والمشتري إلى إلزام المشتري بالوفاء بالثمن فعلاً للبائع. ويلاحظ إنه يختلف الثمن الحقيقي بالمعنى السابق عن الثمن البخس، فالثمن البخس هو عبارة عن مبلغ نقدي يقل كثيراً عن قيمة المبيع ولكنه لا ينزل إلى حد الثمن التافه، والثمن البخس هو ثمن جدي كان الحصول عليه هو الباعث الدافع للبائع على الالتزام بنقل ملكية المبيع للمشتري، وهو لذلك يكفي لانعقاد البيع، أي يصح البيع بالرغم من أن الثمن بخس، فالثمن البخس يصلح مقابلاً للالتزامات ويصبح البيع باعتباره عقداً حقيقياً .^٥

^٥ نقض مدني ١ آذار ١٩٥١ مجلة المحاماة ٣١ ، ١٦٨١ ، ٤٩٠ .

ت. يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

الثمن بوصفه محل التزام المشتري في عقد البيع ينطبق عليه ما ينطبق على المحل من وجوب كونه مقدراً أو قابلاً للتقدير، أي يجب أن يعين الطرفان الثمن تعيناً كافياً لا يدع مجالاً للمنازعة في مقدراه مستقبلاً، وإلا خلا العقد من أحد أركانه الجوهرية وامتنع انعقاده بسبب ذلك.

والأصل أن يتم تقدير الثمن في العقد ذاته صراحة، ولكن قد يتم تقدير الثمن بطريقة ضمنية، وقد يكتفي الأطراف في التقدير بوضع الأسس التي يتم بمقتضاها تقدير الثمن، وذلك على النحو التالي:

الفقرة الرابعة. تحديد الثمن في العقد

غالباً ما يتفق كل من البائع والمشتري على الثمن وقت إبرام العقد، وهذا هو الأصل، ويقع البيع صحيحاً لتوافر الثمن مع توافر بقية شروط الثمن ويجب على المشتري الوفاء به، ولا يثير الأمر صعوبة تذكر.

أ. تحديد الثمن اتفاقياً

لا يشترط تحديد الثمن وإنما يكفي أن يضع الأطراف في العقد الأسس التي يتم بمقتضاها تحديد الثمن فيما بعد، فيقع البيع هنا صحيحاً، وهذا ما يستفاد صراحة من نص المادة ٣٩١ حيث نصت على إنه "يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد" ومن هذا القبيل الاتفاق على أن يكون حساب الثمن بإضافة ربح معين إلى الثمن الذي اشترى به البائع أو إلى ثمن التكلفة أو حسابه على أساس متوسط الإثمان التي باع بها البائع في يوم معين أو أسبوع معين.. الخ. ويجب - بداهة - أن تكون تلك الأسس محددة بشكل واضح يسهل معه التقدير مستقبلاً في سهولة ويسر

ومن هذا المنطلق فإنه لا يكفي أن يبيع البائع الشيء بما يساويه في القيمة أو بثمان عادل، لأن هذه القيمة أو هذا الثمن العادل هو الذي يجب أن يكون محل اتفاق بين المتبايعين، والبيع على هذا النحو يكون باطلاً لعدم تقدير الثمن.

ويشترط أيضاً ألا يكون التقدير مستقبلاً متوقفاً على إرادة أحد المتعاقدين وهو ما يستفاد أيضاً من نص المادة ٢٦٧ مدني " لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم".

لكن قد لا يحدد الطرفان الثمن صراحة، ولم يضعاً أساس التقدير ويتفقان على جعل الثمن بسعر السوق .

ب. تحديد الثمن بسعر السوق

نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩١ على " وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف أن تكون أسعاره هي السارية".

معنى ذلك إنه إذا اتفق المتعاقدان على جعل الثمن هو سعر السوق في زمان ومكان معين انعقد البيع على أساس سعر المبيع في هذه السوق إذا حدث ذلك فليس هناك مشكلة، لكن قد يتفق الأطراف على جعل الثمن هو سعر السوق فقط دون تحديد لزمانه أو مكانه ومن ثم يثور الشك في تحديد أي سوق يعول عليه، فهل هو السوق في وقت البيع أو وقت التسليم أو وقت الوفاء بالثمن، وكذلك هو السوق في

^٤ انظر سليمان مرقس: السابق، فقرة ٦٧، ص ٢٢٦.

مكان البيع أو مكان وجود البضاعة أو في مكان التسليم، واضح من ذلك أن ثمة شك في التحديد، لذلك تدخل المشرع وقال بأنه عند الشك يجب أن يكون الثمن وفق سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيها تسليم المبيع للمشتري. وإذا لم يوجد في مكان التسليم سوق يكون المعول عليه هو سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف أن تكون أسعاره هي السارية، أي في السوق الذي يقضى العرف بالرجوع إليه. ويلاحظ إنّه وفقاً لمنطوق النص فإن تلك الأحكام تكميلية يجوز للأطراف الاستهداء بها أو الاتفاق على مخالفتها. الثمن هو السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتبايعين.

نصت المادة ٣٩٢ على إنّه " إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نوايا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما ".

يتبين من هذا النص أن المتعاقدين قد لا يحددان الثمن في العقد صراحة ولكن قد يتفقان أو قد يستفاد من الظروف والملابسات التي أحاطت التعاقد، أن ثمة اتفاق ضمني على ترك تحديد الثمن إلى السعر المتداول في التجارة، هنا يرجع إلى سعر السلعة المتداول بين التجار، سواء أكان هو سعر البورصة أم سعر الأسواق المحلية في مكان التسليم أو غيره من الأمكنة، وسواء أكان هذا السعر المتداول أقل أو أكبر من قيمة المبيع الحقيقية.

وقد يستفاد من الظروف أن الثمن هو السعر الذي سبق التعامل على أساسه بين المتعاقدين، فيكون المعول عليه هو هذا السعر الذي اعتاد الأطراف حسابه وسواء أكان سعراً ثابتاً أم متغيراً حسب أسعار السوق. تحديد الثمن بواسطة شخص من الغير: قد يترك المتبايعان تحديد الثمن لأجنبي يتفقان عليه عند البيع، فيصح ذلك، لأن الثمن هنا وأن لم يقدره المتبايعان إلا أنهما جعلاه قابلاً للتقدير، وما يقدره الأجنبي ثمناً للبيع ملزم لكل من البائع والمشتري ويكون هو الثمن، لأن الأجنبي مفوض من

المتبايعين في تحديد الثمن، فهو وكيل عنهما في ذلك ويسرى تقديره في حقهما، والبيع يُعد قد تم، لا من وقت تقدير المفوض للثمن فحسب، بل من وقت اتفاق المتبايعين على المفوض ففي هذا الوقت كان البيع مستكملاً لجميع عناصره ومنها الثمن إذا كان قابلاً للتقدير، ويُعد تقدير المفوض للثمن بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع .^٧^٤

يبقى أخيراً إنَّه إذا لم يكن الثمن مقدراً في العقد أو قابلاً للتقدير فإن العقد يكون باطلاً لانعدام الثمن الذي هو محل التزام المشتري.

ت. التسعيرة الجبرية

وفقاً للنظرية العامة في التقنين المدني فإن إرادة الأطراف هي التي تحدد الثمن وكذلك طرق الوفاء به، وكل عقد ينظر إليه بصفة مستقلة، فكل عقد يتضمن سعر خاص به، هذا الثمن ينجم عن تفاوض حر بين أشخاص موضوعين على قدم المساواة.

الحقيقة أن هذه النظرية لا تتلاءم مع السلوك الحقيقي للفرقاء الاقتصاديين في ظل النظام الحديث لاقتصاد السوق، المساومة أو التفاوض بين المهنيين والمستهلكين أصبحت هي الاستثناء، والمبدأ هو التحديد المسبق للثمن ولنماذج الدفع بواسطة المهنيين، ولم يعد لدى المستهلكين بوجه عام سلطة التفاوض، فإذا ما رغبوا شراء سلعة أو الحصول على خدمة فإنَّه يتعين عليهم دفع المطلوب منهم أي المفروض عليهم .^٨^٤

^٤ السنهوري: السابق، فقرة ٢١٢، ص ٤.

^٤ P. de fontbressin ; De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats, Rev. Trim. dr. civ. ١٩٨٦, p. ٦٥٥

إذا كان الأصل هو أن المهنيين يتولون تحديد أسعار السلع والخدمات بحرية إلا أن الدولة تتدخل الأسعار، وتلعب دوراً في التحديد للأسعار وذلك بوسيلتين الأولى تتمثل في التدخل في المنافسة ويمثل هذا النمط من التدخل شكلاً ملائماً تماماً لنظام اقتصاد السوق، بينما تتمثل الوسيلة الثانية في أن الدولة تستطيع التدخل عند الاقتضاء أي عند اللزوم لتحديد أسعار معينة، وذلك لتجنب حدوث ارتفاع فاحش في الأسعار، وهذا الشكل من أشكال التدخل يتناقض مع مذهب الحرية الاقتصادية، ولذلك فهو غير مسموح به إلا في حالات استثنائية .

وفي إطار الوسيلة الثانية صدر في فرنسا مرسوم ٣٠ يونيو ١٩٤٥ والذي أعطى لوزير الاقتصاد سلطة في تحديد الأسعار بمقتضى قرارات واستخدمت تلك السلطة في السبعينات والثمانينات، ابتداء من هذه الحقبة تدخلت الدولة بعض الشيء في الأسعار ثم ألغي المرسوم السابق بمقتضى مرسوم ١ ديسمبر ١٩٨٦ وبدءاً من المرسوم الجديد أصبحت تحدد الأسعار من قبل أصحاب المشروع (المنتجين) بدون تدخل الدول.

ومع ذلك فإن الدولة تتدخل مستخدمة سلطتها لتحديد الأسعار في ظروف استثنائية بشكل يبقى الأسعار عند مستوى مقبول وفقاً للأمر السابق تتدخل الدولة بإصدار مراسيم من مجلس الدولة في حالتين هما حالة عدم كفاية المنافسة وفي حالة الارتفاع الفاحش للأسعار .

الملاحظ أن تدخل المشرع يفرض سعر معين لبعض السلع وهو ما يسمى بالتسعيرة الجبرية أمر هام لصالح حماية المستهلكين، ولكن يختلف التدخل من حيث مداه بحسب نوع السياسة الاقتصادية العامة للدولة، فيزداد التدخل حتى يصل إلى أقصى مداه حتى السيطرة الكاملة في ظل النظام الاشتراكي،

⁴ J. Calais – Aulay : Droit de la consommation, 3^e ed, prix Dalloz, (3) 1992, No 238, P. 237.

⁵ J. Calais. Aulay ; Précité.p. ٢٣. Et ٢٤١.

بينما ينحسر التدخل في ظل الأنظمة الرأسمالية عموماً يقتصر التدخل على السلع الضرورية أو الأساسية أو الاستراتيجية، وذلك حماية للمستهلكين وحماية للمنهج أو المذهب الذي تتبناه الدولة، والحقيقة أن هذه الوسيلة من وسائل تحديد الأسعار رغم ما فيها من تقليص لمبدأ الحرية العقدية إلا أنها مع ذلك تمثل وسيلة حماية فعالة للمستهلكين في مواجهة المنتجين والموزعين والبائعين خاصة إذا ما علمنا أن هناك عدم توازن عقدي بين الطرفين حيث يميل الميزان لصالح المنتجين والبائعين بسبب عدم المساواة بين الطرفين مما يؤدي إلى خضوع المستهلكين لهؤلاء المهنيين وتسليمهم بالشروط المفروضة عليهم.

الفقرة الخامسة: الغبن في بيع عقار تابع لقاصر

إلى جانب الأحكام العامة للغبن، والتي سبق بيانها في عيوب الرضا، إن المشرع السوري أفرد نصاً خاصاً بالنسبة إلى الغبن الواقع في عقار تابع لقاصر في نص المادة ١/٣٩٣ وذلك عندما يوجد غبن في ثمن العقار يزيد على الخمس من قيمته الحقيقية في تاريخ البيع، لقد استمد المشرع السوري هذا النص من أحكام الشريعة الإسلامية وليس من القانون الفرنسي.

أ. الغاية من تدخل المشرع في حالة الغبن في بيع

عقار القاصر.

إن التشريع لا يمنع الغبن في الثمن إذا كان مجرداً عن الغبن الاستغلالي، لأن هدف المشرع إقامة التوازن القانوني بين أطراف العقد، بأن يكون كل منهم متمتعاً بالأهلية الكاملة لممارسة التصرفات القانونية ولا يسعى إلى إقامة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين ولأن توافر التوازن القانوني ووجود الأهلية الكاملة كافيان لحمل المتعاقدين للسعي وراء المصلحة الشخصية لكل طرف.

أما إذا كان أحد الأطراف ناقص الأهلية فتوجب على المشرع التدخل لحمايته وذلك من أجل تحقيق هذا التوازن القانوني بينه وبين المتعاقد الآخر ولتأمين مصالح ناقص الأهلية بأكبر قدر ممكن، ورفع الضرر اللاحق به. فجاء في نص المادة ٣٩٣ مدني سوري على إنّه " إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر الأهلية، وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل".

ب. الشروط الخاصة لتحقيق الغبن في بيع عقار القاصر.

الشرط الأول يتعلق بصاحب العين المبيعة، يجب أن يكون غير كامل الأهلية سواء كان فاقده الأهلية أو ناقصها، هؤلاء الأشخاص بحاجة إلى الحماية القانونية كما ذكرنا سواء باشروا البيع بأنفسهم أو عن طريق من ينوب عنهم، أما الشخص كامل الأهلية لم يعد بحاجة إلى الحماية والسبب في ذلك أن الشخص بعد أن تكتمل أهليته لا يباشر عليه القانون أية وصاية لأن باستطاعته إبرام ما يشاء من التصرفات القانونية ويتحمل مخاطر هذه التصرفات. ويلاحظ من خلال النص، أن موانع الأهلية وهي الغيبة والحكم على الشخص بعقوبة جنائية والإصابة بعاهة كالصم والبكم والعمى لا تؤدي إلى تطبيق النص الخاص بدعوى الغبن الأنف الذكر. أما في القانون الفرنسي فيختلف الحكم الذي يجيز الطعن في بيع العقار إذا كان هناك غبناً، سواء كان المالك كامل الأهلية أو ناقصها، ويُعد الغبن فاحشاً في القانون الفرنسي إذا زاد على نسبة ١٢/٧ من قيمة العقار .

^٥ يرجع تاريخ هذا الحكم في القانون الفرنسي إلى الحقوق الرومانية، حيث كان يجوز لبائعي الأراضي بثمن بخس، وللذين يكونون مضطرين غالباً إلى سداد ديونهم. كان يحق لهم المطالبة بإلغاء البيع على أساس الغبن، ومن ثم انتقل هذا الحكم إلى الحقوق الفرنسية القديمة ومنه إلى القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ بالمادة ١٦٧٤ وقد علل شراح القانون المدني الفرنسي ذلك، بأن بائع العقار بثمن أقل من قيمته قد يكون مضطراً إلى ذلك بواقع الحاجة وهذا يمكن أن يدخل ضمن أنواع الإكراه أو أن المشتري أوقعه في وهم حول قيمة العقار أو أن البائع أوقع نفسه في هذا الوهم.

الشرط الثاني لتحقيق دعوى الغبن، أن يكون العين المبيعة عقاراً، أما إذا كانت العين المبيعة منقولاً فلا يؤثر في سلامة البيع حتى ولو كان الثمن بخساً أو الغبن فاحشاً.

ترجع هذه التفرقة إلى نظرية قديمة، حيث كان ينظر فيها إلى العقارات على أنها الأشياء الأكثر قيمة وتمثل العنصر الهام في الثروة، وأن الأشياء المنقولة قليلة الأهمية. لكن في الواقع أن هذه النظرية لم تعد تتلاءم مع متطلبات العصر الحديث، الذي باتت فيه قيمة بعض المنقولات أكبر بأضعاف من قيمة العقارات كالسفن وبعض السيارات والأسهم المالية وبعض المنقولات المعنوية كبراءات الاختراع والعلامات التجارية.

والعقار الذي تحميه دعوى تكملة الثمن، يستوي أن يكون حق ملكية على عقار كمَنْزل أو أرض ، أو حقاً عينياً آخر دون حق الملكية ما دام واقعاً على عقار كحق الانتفاع بمنزل أو أرض.

وإذا تضمن البيع عقاراً أو منقولاً في عقدٍ واحد وثمن واحد، وكانت الصفقة قابلة للتجزئة، جُزئت وقسم الثمن على العقار والمنقول، وجاز الطعن بالغبن في العقار دون المنقول، وإذا لم تكن الصفقة قابلة للتجزئة، جاز الطعن بالبيع كله بالغبن على ألا يدخل في حساب الغبن إلا قيمة العقار وحده منسوب إلى حصته في الثمن .

الشرط الثالث يتعلق بمعيار الغبن وهو أن يقل الثمن عن قيمة العقار المبيع وقت البيع بأكثر من الخمس. معنى ذلك إذا كان بيع العقار بحدود أربعة أخماس قيمته وقت البيع أو بثمن أكثر من ذلك فلا محل للطعن في البيع بدعوى تكملة الثمن أو أي طريق آخر.

^٥ لو كان العقار عقاراً بالتخصيص فيدخل مع العقار الأصلي في حساب الغبن.

⁵ Aubry et Rou, cours de droit français, T.V. N. 6, Ed. par Poul Esnein, Paris 1947.

راجع أيضاً السنهاوري، شرح القانون المدني ، البيع، ج٤، ف٢٢٠، ص ٣٩٣.

معيار الغبن هنا معيار مادي وهو اشتراط أن يصل الغبن إلى رقم محدد، فمعيار الغبن الفاحش أن يزيد على الخمس وهذا الرقم، استمده المشرع السوري من أحكام الشريعة وليس من القانون الفرنسي الذي يوجد خلاف بينه وبين النص السوري من ناحية المعيار ومن ناحية الجزاء.

من ناحية المعيار، فالنص الفرنسي حدد معيار الغبن ١٢/٧ من قيمة العقار ومن ناحية الجزاء، أعطى المشرع الفرنسي البائع إلى جانب دعوى تكملة الثمن دعوى أخرى هي الحق في طلب ابطال العقد.

العبرة في تحديد قيمة العقار لمعرفة ما إذا كان هناك غبن أم لا، هو وقت البيع وليس وقت الطعن بالغبن.

ولا يؤخذ بعين الاعتبار ارتفاع قيمة العقار أو قيمة أمثاله من العقارات في زمن لاحق للبيع أو العكس في حال انخفضت فأصبحت مساوية للثمن الذي بيع فيه العقار.

كما أن العبرة بالثمن الذي يستحقه صاحب العقار المبيع دون المصروفات، حيث ان هذه المصروفات لا تعود بالفائدة على صاحب العقار .^٥

الشرط الرابع ناتج عن المادة ٣٩٥ مدني سوري، وهو ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني وفقاً للقانون. وفقاً لهذا النص "عدم جواز الطعن بالغبن في بيع تم وفقاً للقانون بطريق المزاد العلني " وذلك لأن المشرع السوري اعتبر البيع الذي يتم بالمزاد العلني والمقرر عن طريق القضاء، إما لوقوع حيز تنفيذي على المبيع أو لكونه بيعاً لإزالة شيوخ وللقاصر حصة في هذا العقار أو في الحالات التي يأذن

⁵ Planiol, Ripert et Hamel, Traité pratique de droit civil français, A.X avec F. Givard et A. Tunc, Paris 1965.

بها القاضي ببيع عقار القاصر بالمزاد العلني ويتم البيع وفقاً للإجراءات المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية.

استهدف المشرع من نص المادة المذكورة حماية المشتري للعقار والذي يتم عن طريق المزاد العلني من تعرضه إلى دعوى تكملة الثمن بسبب الادعاء بالطعن.

كما إنّه يمكن حصر الحالات التي يجوز فيها الطعن في بيع عقار القاصر وهي:

إذا باع القاصر العقار المملوك له بنفسه دون إذن، فإن البيع قابلاً للطعن بسبب الغبن.
إذا باع الأب وهو الولي على المال، عقاراً مملوكاً للقاصر دون إذن المحكمة في الحالات التي يجوز فيها ذلك، فيجوز الطعن في البيع بالغبن.

إذا باع الولي أو الوصي مال عديم الاهلية أو ناقصها بعد الحصول على إذن المحكمة ولم تكن المحكمة قد اشترطت البيع بالمزاد العلني، وتم البيع وحصل رغم ذلك غبن في البيع، فإنّه يجوز الطعن في هذه الحالة بدعوى الغبن.

من جهة أخرى، نستطيع أن نقيس على المادة ٣٩٥ مدني سوري بعض البيوع التي تتصف بالبيع الاحتمالي، كبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركة عندما لم تكن قد عينت مفرداتها بعد، فهذه البيوع لا تكون خاضعة للطعن بالغبن أو تكملة الثمن إلى أربعة أخماس المثل.

بالإضافة إلى ذلك، فيما يتعلق بالبيع مقابل مرتب مدى الحياة، حيث يترك للأطراف تحديده، فقد عدّه الاجتهاد الفرنسي بيعاً احتمالياً وبالتالي لا يطعن فيه بالغبن لعدم إمكانية تحديد قيمة المبيع لأن ذلك مرتبط بالوفاة .

⁵ Cass. Civ. 22 nov. 1937, D. 1939, I p. 81, note Savatier

بالمقابل لا تشمل المادة ٣٩٥ البيوع التي تتم عن طريق المزاد العلني إذا تمت رضائياً، وإنما يقتصر تطبيق هذه المادة على بعض البيوع التي تتم عن طريق المزاد العلني بحكم القانون، كبيع أموال المدين بيعاً جبرياً لدى دوائر التنفيذ وبيع المال الشائع إذا تعذرت قسمته عيناً ويشمل كذلك بيع عقار القاصر بالمزاد العلني إذا كان مديناً ونفذ عليه جبرياً حتى ولو كان الغبن فيه يزيد على الخمس.

ت. الآثار التي تترتب على تحقق الغبن الفاحش

١. دعوى تكملة الثمن: إذا توافرت الشروط الأنفة الذكر، فيحق للمالك ناقص الأهلية وخلفه العام بعد وفاته أن يرفع على المشتري دعوى تكملة الثمن إلى الحد المقرر قانوناً وهو أربعة أخماس ثمن المثل أي القيمة الحقيقية بعقار وقت البيع، ولا يجوز في هذه الحالة إقامة دعوى الإبطال إلا إذا توافرت شروطها وفقاً للقواعد العامة وهي أن يصدر البيع عن ناقص الأهلية وأن ينطوي على عيب من عيوب الرضا. لكن السؤال الذي يطرح، هل يجوز أن ترفع هذه الدعوى من قبل الولي أو الوصي أو القيم؟ البعض يُعد أن الحق في طلب تكملة الثمن متصل بشخص ناقص الأهلية ، لكننا نعتقد بعدم صوابية هذا الكلام، على اعتبار أن الأمر يتعلق بمصلحة ناقص الأهلية. فإن كان الطعن بالغبن يصب يسعى إلى حماية حقوق المالك ناقص الأهلية، حتى لو صدر من الولي أو الوصي أو القيم، فذلك لا يتعارض مع الغاية التي جاء عليها الحكم في المادة ٣٩٣ مدني سوري.

٢. المهلة التي يجوز فيها رفع دعوى الغبن. وفقاً لنص المادة ١/٣٩٤ " تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع" يتضح من هذا النص إنه يجوز للشخص غير كامل الأهلية أن يرفع دعوى

° جاك يوسف الحكيم، العقود المسماة والشائعة، جامعة دمشق، ص. ١٦١.

الغبين خلال ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية وإذا توفي وهو ناقص الأهلية جاز لورثته رفع الدعوى خلال ثلاث سنوات من وفاته، أما إذا توفي وهو كامل الأهلية وقبل مرور ثلاث سنوات على توافرها، جاز لورثته رفع الدعوى خلال المدة الباقية عن السنوات الثلاث.

ومع المقارنة بين نصي المادتين ٣٩٣ مدني سوري والمادة ١٤١ مدني سوري فغن المهلة الممنوحة للمطالبة بتكملة الثمن أطول من المدة المحددة لطلب إبطال العقد لسبب من الأسباب التي حددتها المادة ١٤١/٢.

من جهة أخرى نفترض ان البائع القاصر لم يتمكن من الحصول على حقه وذلك في حال عدم تسديد المشتري فارق الثمن، فيحق له طلب فسخ العقد مع التعويض لعدم وفاء المشتري بالتزامه. ويقتضي ذلك استرداد البائع العقار، إذا كان لم يزل ملكاً للمشتري، مع ما استوفاه المشتري من ثمار من تاريخ تسلمه إياه حتى تاريخ رده للبائع كما يتوجب على البائع القاصر رد ما قبضه من الثمن مع الفوائد كما جاء في المادة ١٥٨ مدني سوري.

هذه الدعوى تعد دعوى فرعية وليست دعوى أصلية لأن الدعوى الأصلية هي دعوى تكملة الثمن أما دعوى الفسخ مشتقة عن الدعوى الأولى. ودعوى الفسخ لا تسقط إلا بالتقادم الطويل وهو خمسة عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ أي وقت امتناع المشتري عن تكملة الثمن.

على المدعي صاحب العقار المبيع أن يثبت حقه في تكملة الثمن، أن يثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن بأكثر من خمس القيمة، وله أن يطلب تعيين خبيراً لتقدير قيمة العقار وقت البيع. فإذا أثبت ذلك حكم القاضي على المشتري بتكملة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع، ولصاحب العقار التنفيذ بموجب هذا الحكم على جميع أموال المشتري. فجميع أمواله ضامنة للوفاء به ويدخل في ذلك العقار ذاته.

كما ان تكملة الثمن، وهي جزء من الثمن تكون مكفولة أيضاً بحق امتياز البائع على العقار المبيع. فإذا بقي العقار في ملك المشتري، يكون للبائع بما له من حق امتياز التقدم على سائر الدائنين العاديين الآخرين للمشتري وستوفي حقه قبلهم من ثمن العقار.

أما إذا تصرف المشتري بالعقار سواء تم التصرف معاوضة أو تبرعاً، فللبائع تتبعه في يد الغير بحق امتياز له لكن بشرط أن يكون قد أشر بدعواه في الصحيفة العقارية للسجل العقاري.

وتتوقف الآلية القانونية لتتبع العقار في يد الغير على حسن أو سوء نية هذا الغير من جهة وأسبقية التسجيل في السجل العقاري. فإذا كان الغير حسن النية أي يجهل الغبن اللاحق بالبائع يعني إنَّه لا يعلم أن هذا العقار كان مملوكاً لشخص غير كامل الأهلية وبيع بثمن بخس فيه غبن، هنا يتعذر على البائع استرداد العقار وممارسة حق امتياز له إذا كان الغير قد سجل عقاره في السجل العقاري وذلك تمثيلاً مع مبدأ ضرورة حماية الغير حسن النية من جهة، وصيانة مبدأ استقرار المعاملات العقارية من جهة ثانية.

أما إذا كان الغير سيء النية أي يعلم بالغبن وأن العقار تابع لشخص غير كامل الأهلية، بإمكان البائع ممارسة حقه بتتبع العقار وخاصة إذا لم يكن المشتري الثاني قد سحب عقد شراؤه في السجل العقاري.

أخيراً أن الغير حسن النية قد اكتسب حقاً عينياً على العقار المبيع بموجب تسجيله في السجل العقاري، وإن البائع طالب المشتري الأول بتكملة الثمن لكن تعذر عليه لأسباب متعددة الحصول على ذلك، هل بإمكانه الرجوع على المشتري الثاني بتكملة الثمن، نستطيع القول إنَّه إذا لم يكن المشتري الثاني قد سد ثمن العقار للمشتري الأول. هنا بإمكان البائع إقامة دعوى غير مباشرة باستخدام حقوق المدين على المشتري الثاني وذلك لاستيفاء فارق الثمن

ثالثاً. الأهلية

يجب أن تكون إرادة البائع سليمة خالية من العيوب التقليدية وهي الغلط والإكراه والتدليس، وأن تكون الإرادة متنورة متبصرة بكافة عناصر العقد المبرم، وهذا ما يعرف في الفقه الحديث بالالتزام بالإعلام وهو ما ننقل إليه.

يختلف البيع عن غيره من العقود من حيث الأهلية اللازمة لإبرامه، وفقاً للقواعد العامة في الأهلية، هناك عديم التمييز والتميز وكامل الأهلية وهو من بلغ سن الثامنة عشرة بحسب الأصل - وهناك أعمال الإدارة وأعمال التصرف وتختلف أهلية الإدارة عن أهلية التصرف.

فالبائع يعد من أعمال التصرف لمن بلغ سن الرشد (١٨ سنة) بحسب الأصل، فيجب لمن يبرم عقد بيع أن يكون أهلاً للقيام بأعمال التصرف هذا هو الأصل، ولكن الأصل يرد عليه استثناءات. مؤدى هذه الاستثناءات أن القانون يجيز لمن يبلغ الثامنة عشرة أن يقوم بالتصرف بالبيع في بعض الأحوال.

فيجوز للقاصر إبرام ما يلزم للاتفاق على نفسه من المال الذي يسلم إليه أو يوضع تحت تصوفه لهذا الغرض من عقود البيع، وغالباً ما يكون مشترياً فيها.

يكون القاصر الذي بلغ الثالثة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجره أو غيره، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته. ويكون للقاصر الذي يبلغ سن الخامسة عشرة المأذون له بالاتجار من قبل المحكمة ويكون له أهلية كاملة بالنسبة لما سمحت به المحكمة وبالتالي يستطيع القيام بالبيع والشراء لما تستلزمه تلك التجارة.

الخلاصة أن البيع يُعد من أعمال التصرف وليس الإدارة وطالما توافرت أهلية التصرف يصح إبرام

عقود البيع.

المبحث الثالث. السبب

المطلب الأول. تعريف السبب

" إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً ".

فالسبب إذن، في نظر القانون، هو الباعث الدافع إلى التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد. وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث. ولا بد في القانون أيضاً من أن يكون السبب معلوماً من المتعاقد الآخر، فإذا كان الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس في استطاعته أن يعلم به، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به، ويكون العقد صحيحاً، ويقوم لا على الإرادة الحقيقية فهي غير مشروعة، ولكن على الإرادة الظاهرة، شأنه في ذلك شأن العقد الذي يقوم على إرادة معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به.

إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً.

فلا يشترط إذن في السبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً. ومن أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت.

والواقع من الأمر أن السبب، بمعنى الباعث الدافع على التعاقد، يجب استبقاؤه، على إلا يستخدم إلا لحماية المشروعية في التعاقد.

المطلب الثاني. إثبات السبب

" ١ - كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك. ٢ - ويُعد السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلي من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه."

يكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذي يطعن في العقد. (والثانية) افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صوريته. فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقي تلحق به صفة المشروعية " ويتبين مما تقدم أن هناك فرضين: (الأول) أن يكون السبب غير مذكور في العقد. (والثاني) أن يكون هناك سبب ذكر في العقد.

الفقرة الأولى. السبب غير مذكور في العقد

القانون وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب. على أن القرينة قابلة لإثبات العكس. فإذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته. وله الإثبات بجميع الطرق، بما في ذلك البينة والقرائن.

ويلاحظ إنَّه إذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع وثبت ذلك، فعليه أيضاً أن يثبت علم الدائن بهذا السبب. وله إثبات هذا العلم بجميع الطرق لأنه واقعة مادية. ويستوي في ذلك إلا يكون السبب مذكوراً في العقد أو أن يكون قد ذكر سبب صوري وثبت أن السبب الحقيقي غير مشروع كما سيأتي:

الفقرة الثانية. السبب المذكور في العقد

وضع النص هنا أيضاً قرينة قانونية على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي الذي رضى المدين أن يلتزم من أجله. والقرينة قابلة لإثبات العكس. فإذا ادعى المدين أن السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الحقيقي، بل هو سبب صوري يستر سبباً غير مشروع، فله أن يتخذ أحد موقفين: (١) إما أن يقتصر على إثبات الصورية، وفي هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقي ومشروعيته إلى الدائن

(٢) وإما أن يثبت رأساً أن السبب الحقيقي للعقد غير مشروع. فإذا أراد أن يثبت صورية السبب. وكانت قيمة التزامه تزيد على ٥٠٠ ل.س، وجب أن يثبت ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها. ويكون الأمر كذلك أيضاً حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على ٥٠٠ ل.س إذا كان السبب الضروري مكتوباً، لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة. وإذا أراد المدين أن يثبت رأساً عدم مشروعية السبب، فله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن، حتى لو كان السبب الصوري مكتوباً، ومهما بلغت قيمة الالتزام، لأن إخفاء عدم المشروعية غش، والغش يجوز إثباته بجميع الطرق.

الفصل الثالث

أحكام البيوع الخاصة

نتناول في هذا الفصل بعض أنواع البيوع المشروطة مثل البيع بالعينة والبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق في المبحث الأول، ثم ننتقل إلى دراسة بيع النائب لنفسه وندرس فيه القاعدة التي تتمثل في حظره ثم نتناول الاستثناءات والتطبيقات، ثم حالات المنع من الشراء وذلك في المبحث الثاني.

المبحث الأول. الوعد بالبيع والبيع

المشروطة

ندرس في هذا المكان من الكتاب بعض أنواع عقد البيع التي تتضمن بعض الشروط الأكثر شيوعاً في المعاملات.

المطلب الأول. الوعد بالبيع

الفقرة الأولى. تعريف الوعد بالبيع

الوعد بالبيع يُعدّ عقداً لكنه يبقى عقداً تمهيدياً لأي يمهّد لإبرام عقد وهو العقد الموعود به. هنا لأن نية المتعاقدين لا تكون منصرفة بالبداية إلى التعاقد بصفة نهائية، يترك الخيار بالقبول إلى الطرف الآخر إذا شاء ذلك. مثال ذلك أن يتوقع شخص حاجته في المستقبل إلى أرض بجوار مصنعه أو منزله، أو هو الآن في حاجة إليها ولكن لا يستطيع شراءها فوراً، فيكتفي بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر.

يقوم المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة، ويحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين له إذا رغب شراءها في خلال مدة الإيجار حتى ينتفع بهذه الإصلاحات انتفاعاً كاملاً. يعد المالك من تسلّم الشيء بشرط مذاقه أن يبيعه إياه إذا هو أعلن رغبته في الشراء في مدة معينة، وهذا ما يسمى ببيع المذاق. يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو

أبدى رغبته في البيع في خلال مدة الإيجار، وهذا هو الوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع في الصور المتقدمة. ويلاحظ في كل هذه الصور - الوعد بالبيع والوعد بالشراء - أن العقد ملزم لجانب واحد هو الواعد، أما الموعد له فلم يلتزم بشيء.

على أن هناك صوراً أخرى للوعد بالتعاقد يكون فيها ملزماً للجانبين: يريد شخصان التعاقد ولكنهما لا يستطيعان ذلك فوراً. يمنعهما من ذلك مثلاً إجراءات لا بد منها في إبرام العقد النهائي كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة الشرعية أو نحو ذلك. أو يمنعهما ضرورة الكشف عن العقار لتبين ما عسى أن ينقله من الحقوق العينية. أو يمنعهما أن هناك مصروفات كثيرة يقتضيها إبرام العقد النهائي وشهره وهما لا يستطيعان الاضطلاع بها في الحال.

هذه بعض أمثلة من الموانع التي تحول دون إبرام العقد النهائي فوراً. ولكن المتعاقدين قد أخذوا قرارهما على إبرام العقد، ويريدان التقيد به منذ الآن، فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الآخر بأن يمضي العقد النهائي في مدة تعين في الاتفاق. وهذا هو الاتفاق الابتدائي، وهو وعد بالبيع فيما يتعلق بدراستها، ولكنه وعد ملزم للجانبين.

ويختلف الوعد بالبيع عن الإيجاب بالبيع أو الشراء بأنه عقد يعبر فيه كلا الطرفين عن إرادتهما في حين أن الإيجاب هو تعبير عن إرادة منفردة، هي إرادة الموجب.

الفرق بين الوعد بالبيع والإيجاب بالبيع: أن الوعد بالبيع في البداية لا تجتمع فيه إرادة الطرفين على البيع بل على منح أحد الطرفين خيار البيع بشروط معينة وعلى إلزام الواعد إذا عبر الموعد له عن رغبة بالتعاقد. إذا الوعد بالبيع معلق على قبول أحد الطرفين. إلا إنه لا يمكن اعتبار قبول الموعد له بمثابة شرط واقف للبيع المراد إبرامه.

وقد يلتزم الموعود له أحياناً بدفع مبلغ من النقود إذا ما أحجم عن العقد الذي كان محل الوعد بالبيع، في هذه الحالة يعد ذلك تعويضاً اتفاقياً وهنا يجوز للواعد الاحتفاظ بهذا المبلغ إذا لم يعبر الموعود له عن رغبته في التعاقد. إن دفع المبلغ ينشئ التزامات على عاتق الطرفين، لكن التزام الموعود له لا ينصب على التزامه بالشراء بي التزام آخر مستقل عن الارتباط بعقد البيع. كما لا يُعد عربوناً أو شرطاً جزائياً.

من جهة أخرى قد يشترط على الواعد عدم التصرف في الشيء الموعود به طوال فترة الوعد، وقد يكون ذلك مقابل تعهد الموعود له بدفع تعويض عن عدم قابلية الشيء للتصرف أو أن يقوم بدفع هذا التعويض عند عدم إعلان رغبته بالشراء، بكل الأحوال إن الواعد البائع يكون ملتزماً تجاه المشتري بعدم التصرف في الشيء المبيع محل عقد الوعد طيلة مدة الوعد.

الفقرة الثانية. أنواع الوعد

أ. الوعد بالشراء

هو عقد يلتزم فيه الواعد بالشراء لشيء ما إذا أبدى الموعود له (مالك الشيء) رغبته في بيع الشيء خلال مدة معينة (بنفس شروط الوعد بالبيع).

والوعد بالشراء ينشئ التزاماً في ذمة المشتري وليس البائع المالك (الموعود له) الذي يكون حراً في قبول البيع أو عدمه، دون أن يترتب على رخصة البيع أو على بيعه إلى الغير أية مسؤولية قبل الوعد بالشراء ويجوز أن يقترن الوعد بالشراء بدفع عربون فيطبق حكم البيع بالعربون. كما اشترط المشرع

السوري في الوعد بالشراء الواقع على العقارات المعدة للبناء أن تكون مسجلة في السجلات الخاصة حتى تكون صحيحة وبالتالي نجد أن المشرع اشترط الشكلية في هذه العقود خروجاً عن القواعد العامة .

ب. الوعد بالبيع والشراء

يكون فيه تعهدين متقابلين أحدهما وعد بالبيع والآخر وعد بالشراء، كما نصت عليه المادة ٧١ فإذا انعقد الوعد بالبيع صحيحاً بالنسبة للواعد نشأت في ذمته التزاماً ببيع الشيء محل الوعد بالبيع إذا ما أبدى المشتري رغبته فينعقد العقد النهائي للبيع كذلك إذا انعقد الوعد بالشراء صحيحاً بالنسبة للمشتري نشأت في ذمته التزاماً بشراء محل الوعد بالشراء إذا ما أبدى البائع رغبته فينعقد العقد النهائي للبيع. وبالتالي لا بد من البحث في أركان الوعد بالبيع، في صورتيه الملزمة لجانب واحد والملزمة للجانبين، وما الذي يترتب عليه من الآثار.

وبالتالي، تقرر أن إبرام عقد الوعد بالبيع والشراء المتزامن، يتم تنفيذه بنفس الشروط الخاصة بتنفيذ الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ويكون وعد ملزم للجانبين الذي يوازي البيع النهائي^٥، فهو عقد كامل لا مجرد إيجاب، ولكنه^٦ عقد تمهيدي لا عقد نهائي^٧. كل شيء يتحدد بإرادة الأطراف. كما أن تحديد شروط الوعد أساسي وحاسم في الوعد كذلك الأمر غياب كل إشارة لمدة الخيار. وعلى هذين الأساسين تركز كل القواعد التي سنقررها في هذا الموضوع.

^٥ قانون (SRU) التضامن والتجديد المدني)، ١٣/١٢/٢٠٠٠ ➔ بعض القواعد الخاصة بالوعد بالشراء الملزم لجانب واحد فيما يتعلق بالعقار للاستخدام السكني المكتسب من قبل غير المحترفين :
- فترة انسحاب ٧ أيام ،

- المادة 1589-1 من القانون الخاصة بالوعد بالشراء من جانب واحد التي يكون محلها عقار للبناء ، تقرر أنه لا يترتب على المشتري الملزم بالوعد دفع أي مبلغ من المال لأن البائع غير ملتزم بأي شيء استناداً إلى غياب السبب. وذلك لوضع حد للمزادات التي يقوم بها البائعون بين المشتريين المحتملين.

⁵ Com., 22 novembre 2005, RDC 2006, 302, PYG ; * RDC 2006, 383, Brun ; *ibid.*, 1095, Bénabent.

⁶ Collart-Dutilleul, *La durée des promesses*, RDC 2004/1, p. 15.

وأول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بالعقد سواء كان بالبيع أم بالشراء، هو عقد وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي^٦. وبيان هذا أن الواعد بالبيع مثلاً يلتزم بأن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء. وهذا أكثر من إيجاب، لأنه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد كامل. ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع - أو على بيع تمهيدي - ولذلك يكون الوعد بالبيع، مرحلة دون التعاقد النهائي، وهو خطوة نحوه.

الفقرة الثالثة. مضمون الوعد بالبيع

تنص المادة ١٠٢ من القانون المدني على أن "الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها". وهذا الحكم نتيجة منطقية من أن كلا من الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي هو خطوة نحو التعاقد النهائي، فوجب أن يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، أو بمجرد حلول الميعاد في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين.

والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا العقد. فإن كان بيعاً وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والثمن. وإن كان شركة وجب أن يتفقا على المشروع المالي الذي تكونت من أجله الشركة وعلى حصة كل شريك. وإن كان مقايضة وجب أن يتفقا على الشيئين اللذين تقع فيهما المقايضة؛ وهكذا. فإذا لم يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل، فإن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي لا ينعقدان.

⁶ Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2010, n°09-71205 (internet), RDC 2011/2, p. 523, M. Mekki.

وتعيين المدة التي يجب خلالها إبرام العقد الموعود به ضروري أيضاً لانعقاد الوعد بالبيع. وهذا التعيين قد يقع صراحة على مدة محددة أو قابلة للتحديد، وقد يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدي تنفيذه بعد فوات وقت معين، فهذا الوقت هو المدة التي يجب خلالها إبرام هذا العقد. وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هي المدة المعقولة، وكان في عناصر القضية ما ينهض لتحديد هذه المدة، جاز الوعد بالبيع والاتفاق الابتدائي لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضي بذلك ^٦.

كما يتوجب على الواعد عدم القيام بأي تصرف بالمال محل الوعد ريثما يمارس الموعود له حقه بالخيار. لذلك يُعد هذا التصرف خطير. ومن هنا كان هناك أحكام خاصة في قانون البناء والإسكان الفرنسي عندما يكون الوعد صالحاً لفترة أكبر من أو تساوي ١٨ شهراً. المادة 1-290 L. من القانون نفسه تنص على: "أي وعد بالبيع يكون محله نقل الملكية على عقار أو أي حق عيني آخر، تزيد صلاحيته عن ثمانية عشر شهراً، أو أي تمديد لمثل هذا الوعد ليصل مدته الإجمالية إلى أكثر من ثمانية عشر يُعد باطل وليس له أي أثر إذا لم يتم اعتماده من خلال وثيقة رسمية، يوافق عليها الشخص الطبيعي بشكل لا يدعو إلى الشك ^٦.

⁶ Civ. 3^{ème}, 29 mai 2013, n°12-17077 ; RTDC 2013/3, p. 592, H. Barbier ; D. 2014, 630 ; RDC 2013/3, p. 1373, M. Latina ; RDC 2013/4, p. 1409, J. Le Bourg. Civ. 3^{ème}, 20 mai 2015, n°14-11.851 : PSV sous condition de l'obtention d'un certificat d'urbanisme sans terme fixe. Ledit certificat avait été demandé plusieurs années après la conclusion de la vente. Décidé que « la stipulation d'une condition suspensive sans terme fixe ne peut pour autant conférer à l'obligation un caractère perpétuel » tandis que les juges du fond avaient pu souverainement décider, « qu'en l'absence d'indexation du prix et de coefficient de revalorisation, les parties avaient eu la commune intention de fixer un délai raisonnable pour la réalisation de la condition suspensive » : la promesse de vente était caduque.

⁶ Parce que, depuis une loi de 2012, l'article suivant L. 290-2 est réservé aux PUV, la Cour de cass° a dû préciser que l'article L. 290-1 était applicable à toutes les promesses, même les PSV : Civ. 3^e, 18

ولما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائي، فإن شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة قد تكون مطلوبة في عقد الوعد ذاته . ذلك أنه، كما قدمنا، لا يحول في الوعد دون الوصول إلى العقد النهائي إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائي إذا كان الوعد ملزماً للجانبين. ويترتب على ذلك أن الوعد إذا كان ملزماً للجانبين، فإن الأهلية المطلوبة لإبرام العقد النهائي في كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضاً في الوعد بالبيع. أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد، فتقدر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد، فيجب أن يكون أهلاً للتعاقد النهائي في هذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائي بأن حبر عليه مثلاً. وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضا بعد ذلك إذ أن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له. أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته، ذلك لأنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائي. على إنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أي التمييز - وقت الوعد لأن الوعد عقد كامل كما قدمنا وهو أحد طرفيه. أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معاً، إذ إنه يصدر منه رضا في كل من هذين الوقتين، فيجب أن يكون رضاؤه في كل منهما صحيحاً. وسواء كان الوعد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين فإن مشروعية المحل والسبب يكفي توافرها وقت التعاقد النهائي، حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد.

février 2015, n°14-14416, à paraître au *Bulletin* ; D. 2015, 988, V. Guillaudier ; **RDC 2015, 503, J. Le Bourg, Ch. Quézel-Ambrunaz.**

⁶ Civ. 3^{ème}, 26 mars 2003, B. 71. Sur résistance de la cour de renvoi, Ass. plén., 24 février 2006 : B. 1 ; RTDC 2006, p. 301 ; RDC 2006, p. 715, I. Dauriac ; *ibid.*, 689, Y.-M. Laithier ; D. 2006, 2057 et 2076 : PUV associée à une transaction comportant des concessions réciproques.

الفقرة الرابعة. الآثار التي تترتب على الوعد بالبيع

إذا انعقد الوعد صحيحاً على النحو الذي قدمناه، يجب أن نميز فيه بين مرحلتين. فإذا كان الوعد ملزماً للجانبين (اتفاقاً ابتدائياً) فإن حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي هو الذي يفصل ما بين هاتين المرحلتين. أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فإن الذي يفصل بينهما هو ظهور رغبة الموعود له في التعاقد النهائي.

أولاً. قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة

ففي المرحلة التي تسبق حلول الميعاد أو ظهور الرغبة لا يكسب الوعد إلا حقوقاً شخصية ولا يترتب إلا التزامات، حتى لو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل حقاً عينياً كما في البيع. يتبين ذلك في الاتفاق الابتدائي (الوعد الملزم للجانبين) ، فإن كلا من الطرفين يكون ملزماً في المرحلة التي تسبق حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي ، بإبرام هذا العقد عند حلول الميعاد ، وهذا التزام بعمل. ويتبين ذلك أيضاً في الوعد الملزم لجانب واحد، فإن الواعد وحده يترتب في ذمته التزام شخصي أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له، وهذا أيضاً هو التزام بعمل، أما الموعود له فلا يلتزم بشيء.

فإذا كان العقد النهائي المراد إبرامه هو عقد بيع، وتم اتفاق ابتدائي ملزم للجانبين على عقده، أو تم وعد ملزم لجانب واحد، فإن الموعود له بالبيع في الحالتين لا يكسب في هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً في ذمة الواعد، ولا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود ببيعه. ويترتب على ذلك أمران لا يخلوان من أهمية عملية

أولاً) يبقى الواعد مالكا للشيء . فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي، ويسري تصرف الواعد في حق الموعود له متى توافرت الشروط المتعلقة بالتسجيل بالنسبة إلى العقار. فإذا باع العين وسجل البيع، فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد .

ثانياً) إذا هلك الشيء قضاء وقدرًا تحمل الواعد تبعه هلاكه، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر فحسب كما في العقد النهائي، بل أيضاً لأنه لا يزال المالك. ولكنه لا يكون مسؤولاً عن الضمان نحو الموعود له إذ المفروض أن الشيء قد هلك قضاء وقدرًا.

في حالة الوعد بالبيع العقاري: هناك حكم خاص حسب المادة ٩٠٠ من القانون المدني السوري التي تنص على إنّه يتولد عن الوعد ببيع عقار ما حق عيني يخضع بهذه الصفة لجميع الأحكام الجارية على الحقوق العينية. وعلى ذلك فإن الوعد ببيع عقار يولد للموعود له حق عيني ليس حق ملكية وإنما هو الخيار الناتج عن وعد البيع. هذا الحق تقرر إذن بنص القانون. وهذا الحق العيني لا ينشأ شأنه في ذلك سائر الحقوق العينية إلا بعد تسجيله في السجل العقاري، فإن لم يسجل الوعد بالبيع على هذا النحو فإنّه لا ينشأ عنه إلا حق شخصي. وإذا رفض الواعد هذا التسجيل بصورة رضائية أمكن للموعود له إلزامه بذلك قضائياً ويقوم الحكم مقام التسجيل الرضائي. وبعد تسجيل الموعود له لحقه وأثناء المهلة المعطاة له. يترتب على ذلك إنّه لا يحتج بالتصرفات التي يجريها الواعد بشأن العين الموعود ببيعها على الموعود له صاحب حق الخيار.

ويستثنى من هذه التصرفات طبقاً لنص المادة ٩٠٢ مدني سوري التأمين الرضائي أو الرهن العقاري. هذا الاستثناء له ما يبرره، حيث يحفظ القدرة الائتمانية للواعد وفي نفس الوقت لا يضر بمصالح الموعود له، فإذا ما استعمل هذا الأخير حقه بالخيار وانتقل له العقار يستلم العقار وتنتقل له الملكية مقابل التزامه بدفع الثمن، وفي هذه الحالة يحل الثمن حلاً عينياً محل العقار وتتعلق به حقوق الدائنين

ومنهم صاحب التأمين وذلك بحسب أولوية كل منهم وبذلك يتطهر العقار من الرهن وينتقل إلى المشتري خالياً من كل حق.

وباستطاعة الموعود له في حال تعذر قيد الوعد في السجل العقاري اجراء قيد احتياطي يحافظ به على حقه بصفة مؤقتة حتى يتسنى له إتمام التسجيل القطعي للوعد، والقيد المؤقت يحقق فائدة بالنسبة إلى الموعود له وهو تقييد حرية الواعد بالتصرف بالعقار محل الوعد خلال مدة الوعد. لكن بالنسبة للقيد الاحتياطي، فهو لا يمنع الواعد من رهن العقار الموعود به رهناً عقارياً إلى أن يَتِمَّ ابداء الموعود له رغبته، فإذا تم البيع ودفع الثمن يحدث حلول عيني للثمن محل العقار ويتعلق بهذا الثمن حقوق الدائنين المرتهنين.

ثانياً. بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغب

أما المرحلة الثانية فتحل. في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين، بحلول الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائي. فإذا حل هذا الميعاد التزم كل من الطرفين بإجراء العقد النهائي، وجاز إجباره على التنفيذ عيناً على النحو الذي سنبينه فيما يلي. ومتى وقع التعاقد النهائي التزم كل من المتعاقدين بأحكامه.

وتحل المرحلة الثانية في الوعد الملزم لجانب واحد بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد الموعود به وذلك في خلال المدة المتفق عليها. فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة سقط الوعد بالتعاقد. أما إذا ظهرت، صراحة أو ضمناً كأن تصرف الموعود له في الشيء الموعود ببيعه إياه. فإن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد ويُعد التعاقد النهائي قد تم وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد.

وإذا اقتضى إبرام العقد النهائي تدخلاً شخصياً من الواعد، في حالتي الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم لجانب واحد، كما إذا كان هذا العقد بيعاً واقعاً على عقار ولزم التصديق على إمضاء البائع تمهيداً

للتسجيل، فامتنع البائع عن ذلك، جاز استصدار حكم ضده، وقام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام عقد البيع، فإذا سجل انتقلت ملكية العقار إلى المشتري. ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلي إذا لم يكن الوعد به قد استوفي الشكل المطلوب، فقد قدمنا أن الحكم فيه لا يقوم مقام العقد، بل يقتصر القاضي على الحكم بالتعويض. أما إذا كان الوعد بعقد شكلي قد استوفي الشكل الواجب، فإن الحكم في هذه الحالة يقوم مقام العقد. وهذه الأحكام نص عليها القانون المدني صراحة في المادة ١٠٣، فهي تقضي بأنه "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم، متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد."

كما أن الوعد بالبيع الشكلي - إذا لم يفرغ في الشكل المطلوب - عد باطلا. ولكن يجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان الشكل قد فرضه القانون لمصلحة العاقدين فيكون الوعد في هذه الحالة باطلا، أو فرض لمصلحة الغير حماية لهم من الغش وإبرازاً لإرادة المتعاقدين فيكون الوعد في هذه الحالة صحيحاً. ويستند في ذلك إلى أن القانون هو الذي فرض الشكل وهو الذي يعين جزاءه، فينبغي أن يكون هذا الجزاء مرناً يتلاءم مع الظروف في كل حالة ما دام الشكل أمراً خارجاً عن الإرادة ولا يغني عنها. فالشكل في القانون الحديث وظيفته خارجية لا داخلية، ولا يغني عن وجود الإرادة. وعلى هذا الأساس يكون الشكل من صنع القانون، وهو الذي يعين له الجزاء الكافي في حالة الإخلال به. فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا ترد عليه الإجازة، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل، وإن احتج به في فرض دون فرض كما في شركات التضامن والتوصية. بل إن هذا هو أيضاً

شأن الشكل ذي الوظيفة الداخلية - كما كان الأمر في القانون الروماني - إذ القانون استقل هنا كذلك بصنع الشكل، وأمعن في ذلك إلى حد أن استغنى به عن الإرادة .^٤

فإذا رأى المشرع أن يجعل الوعد بالبيع الشكلي شكلياً مثله كما هو الحال في بيع البيوت على المخطط، وأن يرتب على الإخلال بهذا الشكل بطلان الوعد - دون تفرقة بين ما إذا كان الشكل لمصلحة المتعاقدين أو لمصلحة الغير وهي تفرقة تدق في كثير من الأحيان - فله ذلك. وهو لا يخل في هذا بسطان الإرادة ما دام قد ميز الوعد بالعقد وارتفع به عن محض اتفاق ملزم إلى جعله سبيلاً للوصول إلى العقد الكامل عن طريق حكم قضائي. إذ لا يجوز في طبيعة الأشياء أن الوعد بعقد شكلي يؤدي مباشرة إلى هذا العقد الشكلي ما لم يكن الوعد ذاته مفرغاً في الشكل المطلوب، وإلا جاز دائماً التحايل على الشكل.

ولكن لا يجوز للمشرع، من ناحية مبدأ سلطان الإرادة، أن ينكر على أي وعد قوته الملزمة حتى لو لم يفرغ في الشكل المطلوب، لا باعتبار إنّه وعد بعقد معين، بل على أساس إنّه اتفاق غير مسمى، وهو ملزم على كل حال. وإنما يجب على المشرع أن ينكر على هذا الاتفاق أن يؤدي مباشرة إلى العقد الشكلي الكامل ما لم يكن مفرغاً في الشكل المطلوب. ويشترط طبعاً ألا يقع أي تعديل فيما التزم به الواعد وقت الوعد.

وكهلاك الشيء نزع ملكيته، يتحمل الواعد تبعته، ولكن لا يكون مسؤولاً عن الضمان. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يجوز بحال أن يحسب على الوعد نزع ملكية بعض العين للمنفعة العامة،

^٦ محمد حسن قاسم: القانون المدني، العقود المسماة: البيع - التأمين (الضمان) - الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية،

لأن نزع ملكية المبيع يجري عليه حكم هلاكه، وهذا يكون حتماً على المالك، وبحكم اللزوم العقلي لا
يضمن عنه الواعد بالبيع .

وإذا اختلف العقد النهائي عن الوعد بالبيع فالعبرة بالعقد النهائي فهو الذي تم عليه الاتفاق نهائياً.
وقد قضت محكمة النقض المصرية، تطبيقاً لهذه القاعدة، بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع
الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توطئة لمعرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد الوعد بالبيع
دون العقد النهائي الذي اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي وبه استقرت العلاقة بين الطرفين، فإنه يكون
قد خالف القانون بعدم أخذه بهذه العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق الطرفان على أن لأحدهما الخيار في مدة معينة في أن
يشترى العين، فإن صاحب الخيار لا يتحلل من الضمان إلا عند عدم قبول التعاقد في الفترة المحددة
للاختيار. أما إذا قبل التعاقد فإنه يصبح مسؤولاً عن تنفيذه وملزماً بالضمان في حالة عدم التنفيذ .

الفقرة الخامسة. العقود القريبة من الوعد بالبيع

أولاً. الوعد بالتفضيل

وهو يتعهد الواعد إنّه إذا أراد أن يبيع شيئاً من أملاكه أن يعرض أولاً على الموعد له قبل أي
شخص آخر وهو وعد معلق على شرط واقف وهو رغبته بالبيع. فالواعد بالتفضيل لا يلتزم بالبيع اتجاه
الموعد له وإنما يلتزم بأن يفضلّه على أي شخص آخر إذا أراد أن يبيع.
ويختلف الوعد بالتفضيل عن الوعد بالبيع في أمرين:

^٦ نقض مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٤ ص ٢٤٠

^٦ نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١ ص ٣٠٢.

^٦ نقض مدني في مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠ .

-الأصل في الوعد بالتفضيل أن يكون الشخص الموعود له محل اعتبار في التعاقد.

-حق الموعود له في قبول الشراء وتحويل الوعد إلى بيع ينشئ في الوعد بالبيع باتا منذ إبرام الوعد

-أما إذا في الوعد بالتفضيل ينشئ معلقا على شرط واقف^٦.



⁶ C. Grimaldi, O. Deshayes, ⁸*Proposition de modification de l'article 1123 du Code civil : l'action interrogatoire du tiers au pacte de préférence*, RDC 2017, p. 170.

ثانياً. عقد البيع الابتدائي (البيع مع حق العدول او البيع

بالعربون)

قد يكون الوعد عقد ملزماً لجانبيين يلتزم فيه كل من الطرفين بإبرام البيع والشراء فكل منهما واعد وموعود له، فيطلق على هذا الاتفاق لفظ العقد الابتدائي أو البيع الابتدائي وفي الحقيقة فإنه وعد بالبيع وبالشراء.

البيع بالعربون

يتفق أحياناً أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال - يكون عادة من النقد - يسمى العربون. وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الإيجار، فيدفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة. ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفذه بدفع العربون .

وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدالتين المتعارضتين. فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول ، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت . وغني عن البيان أن كلتا الدالتين قابلة لإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالاته المفروضة وجب الوقوف عندها على ما أراده المتعاقدان.

^٦ محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص. ١١٠.

^٧ أنظر مثلاً المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسي القديم والمادة ١٢١٧ من القانون الإيطالي القديم.

^٨ أنظر المادة ٣٣٦ من القانون الألماني والمادة ١٥٨ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ٧٤ من القانون البولوني.

^٩ نقض مصري ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ - ١٧ ابريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٤

أخذ القانون المدني، حسماً للخلاف والتردد، بدلالة جواز العدول. ومن هنا كان العقد المقترن

بعربون مرحلة غير باتة في التعاقد النهائي، إذ يجوز العدول عنه.

حيث نصت المادة ١٠٤ من القانون المدني على

" ١ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى

الاتفاق بغير ذلك.

٢ - فإذا عدل من دفع العربون وقت، فقد. وإذا عدل من قبضه، رد ضعفه. هذا ولو لم يترتب

على العدول أي ضرر".

ويتبين من هذا النص إنه إذا دفع عربون وقت إبرام العقد، ولم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً

على إنه إنما دفع لتأكيد الحتمية في التعاقد، كان دفعه دليلاً على أن المتعاقدين اراداً أن يكون لكل منهما

الحق في العدول عن العقد، يستوي في ذلك البيع والإيجار وأي عقد آخر. فإذا لم يعدل أحد منهما عن

العقد في خلال المدة التي يجوز له فيها العدول، أصبح العقد باتاً، واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له، ووجب

استكمال التنفيذ. أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه في المدة التي يجوز له فيها ذلك، وجب على من عدل

أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون جزاء العدول. فإذا كان هو الذي دفع العربون فإنه يفقده، ويصبح

العربون حقاً لمن قبضه. أما إذا كان الطرف الذي عدل هو الذي قبض العربون، فيتوجب عليه رد

ضعفيه، للطرف الآخر، حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العربون جزاء عدوله عن العقد. ويلاحظ أن النص

يرتب التزاماً بدفع قيمة العربون في ذمة الطرف الذي عدل عن العقد، لا تعويضاً عن الضرر الذي

أصاب الطرف الآخر من جراء العدول، فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أي ضرر كما

هو صريح النص، بل تفسيراً لنية المتعاقدين، فقد افترض المشرع أن لكل من المتعاقدين الحق بالعدول

في نظير الالتزام بدفع قدر العربون فجعل العربون مقابلاً لحق العدول. وفي هذا يختلف العربون عن

الشرط الجزائي، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد، ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، بل جاز له إلا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أي ضرر. وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في الشرط الجزائي.

أما إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه. فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه. ويُعد العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمالها. وتجري على العقد الذي أبرم القواعد العامة التي تجري على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ. وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض، فليس من الضروري أن يقدر التعويض بقدر العربون، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامته الضرر.

الفقرة السادسة. التنظيم القانوني للوعد بالبيع في

القانون الفرنسي

من الممكن من حيث المبدأ النص على حق الإحالة أو عدمها في الوعد الملزم لجانب

واحد^٧، أي رفض *intuitus personae*^٨ أن يقوم المستفيد بنقل هذا الحق في الخيار إلى الغير^٩.

⁷ Sauf lorsque le bénéficiaire est un professionnel de l'immobilier – loi Sapin, 29.01.1993 – il lui est interdit de céder la promesse.

⁸ Pas le promettant évidemment car céder le contrat de son côté reviendrait à céder le bien ce qu'il s'est engagé à ne pas faire justement !

طبيعة هذه الإحالة كانت مثار للجدل: حيث تم رفض كل محاولات تكيف الحق بالحوالة^٧ من

^٦ خلال اعتباره احالة للعقد^٧ وفي ضوء غياب التكيف القانوني، ستكون الحوالة عبارة عن آلية *sui*

generis.

بعد عدة محاولات للتكيف، تخلت عنه محكمة النقض، حيث اقتصر في اجتهادها الأخير على

تحديد ما هو البديل، إنها ليست مجرد حوالة للدين؛ وبالنتيجة لا يمكن تطبيق احكام المواد الخاصة بحوالة

^٧ الدين في القانون المدني^٧.

يمكن وصف شرط الحوالة كحوالة للعقد. في حكم من ٢١ تموز ٧٨

مؤيدات

خرق الوعد فيما إذا قام الواعد خلال مدة الوعد بالبيع إلى الغير^٧.

⁷ Retenue une fois par la Cour⁵ de cass°, v. Civ. 3^{ème}, 2 juillet 1969, B. 541 ; D. 1970, 751, obs. crit. Aubert. L. Boyer, *Clause de substitution et PUV*, JCP 1987, I, 3310. Une telle qualification était erronée dans la mesure où la promesse transite par le patrimoine du premier bénéficiaire – qui serait dans cette hyp. le stipulant – ce qui est contraire à la nature même d’une SPA qui fait naître un droit direct dans le patrimoine du bénéficiaire (qui serait ici le substitué). Aussi, d’autres qualifications correspondant à des opérations jds à trois personnes ont été proposées : V. Soubise, D. 1994, Chron., 237, qui y voit une délégation ; M. Béhar-Touchais, Mélanges Boyer, 1996, p. 85, qui propose la qualification de droit de retrait.

⁷ Qualification retenue in Civ. 1^{ère}, 14 décembre 1982, *Sté Acofra*, B. 360 ; D. 1983, 416, L. Aynès. Position de la doctrine dominante. Mais la Cour de cassation a ensuite rejeté cette qualification dans le cadre de l’article 1589-2 : Civ. 3^{ème}, 17 avril 1984, B. 87 ; D. 1985, 234, Najjar ; Def. 1984, p. 1490, Vermelle ; RTDC 1985, 177, note crit. Rémy. Civ. 3^{ème}, 19 mars 1997, B. 68 ; Def. 1997, p. 1351, obs. crit. Mazeaud ; D. 1997, somm., 341, Brun ; JCP 1997, I, 4039, n°14, Billiau. Civ. 3^{ème}, 13 juillet 1999, B. 180 ; D. 2000, 195, E. Jeuland ; Def. 000, p. 775, obs. crit. Gagneur-Labbé. Explication possible : l’hostilité de la Cour de cass° pour les nullités fiscales.

⁷ Civ. 3^{ème}, 27 avril 1988, *Sté Safranado*, B. 83 ; D. 1989, 65, Najjar ; Def. 1988, p. 1465, Vermelle.

⁷ Civ. 3^e, 21 juin 2018, n° 17-18.738, AJDI 2018. 626 ; RTD civ. 2018. 875, obs. H. Barbier

⁷ *Quelle efficacité pour les avant-contrats ?*, RDC 2012, 633.

المنطق: عقد الوعد هو عقد بالتالي خرق هذا العقد يترتب المؤيدات المنصوص عنها في القواعد العامة من التنفيذ الجبري للعقد كما يمكن للمستفيد أن يحصل على عقد البيع محل الوعد. بمعنى آخر، فإنه يمكن دائما ممارسة الخيار الذي سيحمل على ابرام عقد البيع .

لم تحترم محكمة النقض هذا التحليل. وقررت الاكتفاء بدفع التعويض فقط في هذه الحالة ^٨. المنطق وراء هذا الحل خضع لتطور مهم.

في بداية الأمر، يتم وضع هذا الحل على أساس تنفيذ العقد: قبل ممارسة الخيار، التزام الواعد يعني التزام بسيط بعمل، غير قابل للخضوع للتنفيذ الجبري: أما النقد فيتجلى في: -من خلال إنشاء الالتزام بإبرام العقد النهائي، هذا يعني تجاهل أن على الواعد الالتزام بالامتناع عن عمل يتجلى بعدم البيع لطرف ثالث ؛

-هذا يعني تجاهل اجتهادها القضائي الخاص فيما يتعلق بالمادة ^٨ 1142.

كما أن مجلس الدولة تبني هذا الاجتهاد القضائي على مسؤوليته ^٨.

⁸ JP constante dps Civ. 3^{ème}, 1^{er} 5 décembre 1993 : B. 174 ; JCP 1995, II, 22366, Mazeaud. D. 1994, somm., 230, Paisant ; D. 1995, somm., 88, Aynès ; Def. 1994, p. 795, Delebecque ; RTDC 1994, p. 588, Mestre. Civ. 3^{ème}, 28 octobre 2003 : RDC 2004, p. 270, Mazeaud. n°08-12237; B. 69; JCP 07.09.2009, n°213, F. Labarthe. Civ. 3^{ème}, 25 mars 2009, B. 69 ; RDC 2009/3, p. 995, Y.-M. Laithier; *ibid.*, p. 1089, S. Pimont; Def. 2009, p. 1270, Libchaber ; D. 2010, *pan.*, 228, S. A.-M. C'est l'application de la théorie de l'efficient breach of contract par la Cour de cassation : GAJC, 2008, n°258, § 10.

⁸ Art. 1154 al. 1 et 2 avant-projet de réforme : « L'obligation de faire s'exécute en nature.

Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte, sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel. »

Art. 110 pjt Chancellerie : « Les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire s'exécutent en ppe en nature ».

⁸ CE, 2 avril 2015, n°364539, *Sté Cap Caraïbes* (TD n°1) ; JCP 2015, 447, E. Langelier : au « visa » des articles 1101, 1134 et 1589 (sic) et en faisant cf. à l'article 1142 C. civ. CE opère une confusion entre les textes car, soit le contrat n'est pas formé (art. 1101), soit il a été mal exécuté (art. 1142). Faire cf. à ces deux textes en même temps n'est pas cohérent.

في المرحلة الثانية واعتباراً من القرار الصادر في آذار ٢٠٠٩، الذي دعم موقفه بالمواد ١١٠١ و ١١٣٤ من القانون المدني، ووضعه ضمن إطار تكوين العقد لا تنفيذه: لهذا السبب. لا يمكن الأمر بإتمام البيع جبراً طالما أن توافق الإرادتين لم يتم بعد.

النقد:

- يتجلى الانتقاد الأول في اختزال عقد الوعد إلى مرتبة عرض بسيط هو إنكار نطاق ١١٣٤، ولا سيما الفقرة الثانية الذي يحرم الانسحاباً من جانب واحد من كل أثر^٨.
- إنكار آلية الوعد الملزم لجانب واحد التي تقتض أن إتمام البيع يعتمد بالمبدأ فقط على إرادة المستفيد. على العكس من ذلك، فإن الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض يجعل إتمام البيع يعتمد أكثر على الجهة الواعدة.

موقف مخالف للمادة 1106 فقرة 2 و 3 من مشروع التعديل المقترح حالياً.

- "إن تراجع الطرف الواعد خلال الوقت المتبقي للمستفيد للتعبير عن موافقته لا يمكن أن يمنع تكوين العقد الموعود به .^٤
- لا يمكن التذرع بالعقد المبرم مع طرف ثالث ضد المستفيد من الوعد، مع التحفظ المتعلق باحترام الضمانات الخاصة بالقواعد التي تضمن حماية الأطراف الثالثة حسني النية".^٨

⁸ C'est d'autant moins compréhensible que, dans un arrêt inédit de Civ. 3^{ème}, 6 avril 2004, RDC 2004, 969, la Ccass° a reconnu que la promesse de bail était susceptible d'exécution forcée : « A la différence de l'engagement de vendre issu d'une promesse unilatérale de vente (!!!!!), l'engagement de louer est susceptible d'exécution forcée, sous astreinte. »

⁸ M. de Fontmichel, *Les nouvelles actions interrogatoires*, D. 2016, 1665. E. Jeuland, *Les actions interrogatoires*, JCP 2016, 737 : l'auteur insiste sur le fait qu'il s'agit ici d'une notion large d'action. Interroger une personne sans l'intervention du juge n'est certes pas une action au sens de l'article 30 CPC mais a tout de même à voir avec la procédure civile puisque son exercice crée des fins de non-recevoir. X. Lagarde, *Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires*, D. 2017, 715.

المادة 34 الفقرة ٢ و ٣ من مشروع التعديل القانون الألماني تم تحريرها بعبارات مشابهة جدًا.

ما الذي يجب أن يفهمه الطرف الثالث سيء النية؟ طرف ثالث على علم بوجود الوعد في الوقت

الذي أبرم فيه عقد البيع الخاص به .

والحقيقة هي إنه في حالة سوء النية من جانب الطرف الثالث، ينبغي فرض التنفيذ القسري .هذا

هو الحال الذي جرى تبنيه أكثر فأكثر مؤخرًا في عقد التفضيل.

بالمقابل كان بإمكان القرار الذي صدر عن الغرفة الثالثة لمحكمة النقض أن يغير هذا الوضع

حيث قرر هذا الأخير ما يلي :

"كان الواعد قد وافق نهائياً على البيع وأن الخيار يمكن ممارسته بشكل صحيح، بعد وفاته، ضد

ورثته المسؤولين عن الدين الذي التزم به مورثهم، ^٨ . (...) "

بالنتيجة، كان بإمكان الموعود له ممارسة الخيار بشكل صحيح بعد وفاة الواعد، ولم يكن على

الورثة الموافقة مرة أخرى على الوعد، وذلك باعتبار ان التزام الواعد نهائياً.

رأى العديد من المعلقين على هذا الحكم إنه إعلان ثورة للاجتهاد القضائي من خلال المحاكم

الفرنسية في مفهوم الرضا الحاسم في إطار الوعد. بالإضافة إلى ذلك، فإن المادة ١٥٨٩ التي حلت

محل المادة ١١٢٢ في القانون القديم، كانت كافية لإيجاد الحل بدلا مما ذهب اليه الاجتهاد القضائي من

تطور في هذا المكان.

وهذا صحيح لعدة اسباب:

⁸ Civ. 3^{ème}, 8 septembre 2010, n°09-13345, RDC 2010/4, p. 1179, Mazeaud et Th. Revet (éditorial) ; RDC 2011/1, p. 153, Ph. Brun ; *ibid.*, p. 57, Th. Genicon ; RTDC 2010, p. 778, Fages ; D. 2011, 477, SAM; Def. 2010, p. 2123, L. Aynès ; JCP 2010, 1051, G. Pillét. Dans le même sens déjà mais dans un arrêt inédit, Civ. 3^{ème}, 6 mai 2008, n°07-11668 ; RDC 2008, p. 1239, Collart Dutilleul.

- لأن حكم عام ٢٠١٠، أيا كانت المصطلحات المستخدمة، لا يحكم مسبقا على الجزاء المفروض في حالة عدم احترام بنود الوعد؛

- أن استخدام مصطلح "حاسم" يمكن تفسيره أيضًا بحقيقة أن القائم بالوعد لم يقم في هذه الحالة بإلغاء وعده قبل وفاته (أو ورثته بعد ذلك).

ومن الواضح أيضًا إنّه لا ينبغي مقارنتها مع الرضا النهائي الخاص بالعقد البات الذي لا رجعة فيه. لأن محكمة النقض أكدت موقفها التقليدي بعد ذلك من خلال التمييز بين نوعي الرضا ^٨.

ومع ذلك، قرر حكم غير منشور في وقت لاحق^٧ بشكل مخالف للحكم السابق ^٨.

"وقد لاحظنا أن تاريخ انتهاء المهلة المحددة لممارسة الخيار الممنوح لشركة Edifides من خلال الوعد من جانب واحد بالبيع الممنوح لها من قبل الطرف الواعد X. تم تحديده في ١٥ أيلول ٢٠٠٦، وأن الانسحاب، من قبل الواعد، من التزامه بتاريخ ١٦ كانون الثاني ٢٠٠٦، استنتجت محكمة الاستئناف بالضبط أن شركة Edifides لها ما يبررها في الادعاء بأن ممارسة الخيار يجب أن يترتب أثره بالكامل".

على أي حال، يفضل استخدام الإمكانية المعترف بها من قبل الغرفة الثالثة لمحكمة النقض في الحكم السابق ذكره من خلال النص على شروط التنفيذ الجبري ^٨.

⁸ Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011 (TD n°1), n°10-12875, B. 77 : D. 2011, 1457, Mazeaud ; *ibid.*, 1460, Mainguy ; CCC 2011, n°185, Leveneur ; Def. 2011, p. 1023, L. Aynès ; RTDC 2011, 532, Fages ; RDC 2011/4, p. 1133, YML ; *ibid.*, p. 1259, Ph. Brun ; JCP 2011, 736, Y. Paclot, E. Moreau. Dans le même sens, pour la première fois, un arrêt de la Chambre commerciale : Com., 13 sept. 2011, n°10-19.526, inédit. Civ. 3^{ème}, 16 juin 2015, n°14-14758, inédit ; RDC 2015, 832, YML.

⁸ Civ. 3^{ème}, 6 septembre 2011, n°10-20362, inédit ; D. 2011, 2838, note appr. C. Grimaldi.

⁸ Civ. 3^{ème}, 27 mars 2008, n°07-11721, inédit ; RDC 2008/3, 734, Mazeaud ; RDC 2008/4., 1239, Collard-Dutilleul ; RDC 2009/1, 143, Brun ; JCP 2008, II, 10147, G. Pillet ; RTDC 2008, 475 ; D. 2008, 2965, SAM : « les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut

هذا يفسر، علاوة على ذلك، أن محكمة النقض تخلت عن اجتهادها القضائي المخالف للمادة ١١٤٢ لأنه من الصعب أن نرى كيف يمكن لهذا التفسير أن يعطي الشرعية لبنود العقد التي من شأنها أن تشكل انتهاكا كبيرا للحرية الفردية.

وبالتالي تم نقض هذا الاجتهاد من قبل التعديل الخاص بقانون الالتزامات الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦ (دخل حيز النفاذ في ١ تشرين الاول ٢٠١٦ في المادة ١١٢٤^٨).

"إن الوعد الملزم لجانب واحد هو العقد الذي يمنح بموجبه أحد الطرفين، الواعد، للطرف الآخر، الموعد له، الحق في اختيار إبرام العقد، من خلال تحديد عناصره الأساسية، بحيث لا ينقص إبرام العقد النهائي سوى موافقة الموعد له.

إلغاء الوعد خلال الوقت الممنوح للمستفيد لممارسة حقه في الاختيار لا يمنع من تشكيل العقد الموعد به.

العقد المبرم بما يخالف الوعد الملزم لجانب واحد مع طرف ثالث يعلم بوجود الوعد يعد باطل".

d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente (...) ». Même si, en l'espèce, la Cour précise que le seul fait de stipuler que l'engagement était ferme et définitif ne suffisait pas à échapper à l'article 1142 C. civ.

⁸ I. Najjar, *La sanction de la⁹ promesse de contrat*, D. 2016, 848. Pour une critique de l'article du projet qui était identique au texte définitif : M. Fabre-Magnan, *De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente. Dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats*, D. 2015, 826. L'auteur affirme que « cette exécution forcée porte atteinte au ppe constitutionnel de liberté contractuelle. Un contractant ne peut en effet être obligé de consentir, et un contrat préparatoire ne peut dès lors avoir pour objet et pour effet de « figer » à l'avance le consentement d'une partie afin qu'il puisse servir ultérieurement pour la formation d'un autre contrat ». Très contestable ! De plus, l'auteur se contredit en affirmant d'une part qu'il ne saurait y avoir d'obligation à consentir et d'autre part, qu'il peut y avoir une sanction de DI pour inexécution délibérée de son obligation...

الفقرة ٣ لأنه عندما يكون الطرف الثالث سيء النية، لا يمكن له ان يعتد بعدم التنفيذ بمواجهة
البائع جزاءً لسوء نيته.

وبالعكس، إذا كان الطرف الثالث حسن النية، فإن العقد الذي أبرمه مع الطرف الواعد صالح. كيف
يتم حل الخلاف بين العقدين؟ تقليدياً يتم حل الخلاف وفقاً لتاريخ التسجيل الخاص بالعقود بحسب محل
العقد وفقاً للمادة ١١٩٨، الفقرة الثانية تعطي الحق للطرف الذي تم استبعاد عقده من التنفيذ، المشتري
(الطرف الثالث) أو الموعود له بشرط حسن النية، أن يعود على الواعد/ البائع. وتقتصر المطالبة في هذه
الحالة على التنفيذ بمقابل (المبالغ المستحقة بموجب ضمان الاستحقاق وفقاً للمادة ١٦٣٠ وما يليها)
والتعويض عن العطل والضرر وفقاً للمادة ١٦٣٩ من القانون المدني.

في الفرضية التي يكون فيها الطرف الثالث حسن النية وقام بتسجيل حقه أولاً قبل الطرف الموعود
له من الوعد الملزم لجانب واحد. فيكون صاحب حق على الشيء محل الوعد. النطاق العملي لمشروع
التعديل لم يحدث أي تغيير بهذه المفاهيم.

علماً بأن البطلان المنصوص عليه في حالة سوء النية للطرف الثالث لا يتفق مع المادة-1341 .
2 والتي تنص على عدم النفاذ في حالة الاحتيال البوليسي⁹.

تتحقق شروط الدعوى البولصية في جميع الحالات التي يبرم فيها المدين إجراءً قانونياً يعرقل فيه
تنفيذ حق دائئه. دون ان يقتصر ذلك على التصرفات التي تجعل من المدين معسراً.

⁹ « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude. » Sur ce sujet, L. Sautonie-Laguionie, *Proposition de modification des articles 1123 et 1124 du Code civil : supprimer l'antinomie avec l'article 1341-2 du Code civil*, RDC 2017, 172.

ويكفي بعد ذلك أن يتسبب تصرف المدين الاحتياالي في إحداث تأثيره المعتاد على التصرف المرافق له، أي عدم فعاليته أو الاعتداد به. ولا يحتاج الموعود له إلى إبطال العقد المبرم مع الطرف الثالث .



المطلب الثاني. البيع بالعينة Vente par

échantillon

تنص المادة ٣٨٨ على ما يلي:

(١) إذا كان البيع " بالعينة " وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها.

(٢) وإذا تلفت " العينة " أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على المتعاقد بائعاً أو

مشترياً أن يثبت أن شيء مطابق للعينة أو غير مطابق.

وقد يتم البيع عن طريق ما يسمى بالعينة أو النموذج، فيعطى البائع للمشتري عينة من الشيء

المبيع كقطعة قماش (قصاصة) من القماش محل البيع أو عينة من القمح أو الأرز أو القطن.. الخ،

يحتفظ بها المشتري إلى حين تسلم المبيع ومطابقته بالعينة التي تحت يده.

والعينة بهذا الشكل تلعب دوراً هاماً من حيث تعيين محل الشيء المبيع ومن حيث رؤية الشيء

المبيع. فمن حيث دورها في تعيين محل المبيع، فالعينة تغني عن تعيين المبيع بأوصافه فهي صورة

مصغرة للمبيع، وبمقتضاها يتم التحقق مما إذا كان البائع قد نفذ التزامه سليماً فيما يتعلق بجنس البيع

ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها أم لا وذلك بمطابقة العينة بالمبيع. أما من حيث

دورها في رؤية المبيع فإن رؤية العينة يعنى رؤية المبيع أي يُعد في حكم رؤية المبيع، ويبدو أن دورها

في رؤية المبيع هو الأهم وهو ما أراده المشرع من تنظيم البيع بالعينة، كذلك فإن المشرع أورد هذا النص

رقم ٣٨٨ مباشرة عقب النص الخاص بأحكام رؤية المبيع أو العلم الكافي بالمبيع (٣٨٧)، هذا النص

^٩ نقض مدني ٩ كانون الأول ١٩٤٨، مجموعة عمل ج ٥ رقم ٣٤٩، ص ٦٧٩.

يعالج حالة أن يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان، فوجب أن يكون البيع كله مطابقاً لهذا النموذج، وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع واكتفي برؤية النموذج، وهذا ما يجعل المسألة اتصالاً بخيار الرؤية، وهو موضع النص السابق .^٢

وقد يبدو من خلال نظرة عابرة أن النتيجة المترتبة على اعتبار البيع بالعينة متصلاً برؤية المبيع أو بالعلم الكافي بالمبيع وأن المبيع يُعد معلوماً للمشتري علماً كافياً بمجرد اطلاعه على العينة، ويتعين على البائع أن يسلم المشتري أشياء مطابقة للعينة التي رآها، ويترتب على ذلك إنّه إذا لم يتسلم المشتري المبيع مطابقاً للعينة، فإنّه لا يتوافر له شرط العلم الكافي بالمبيع وفقاً للمادة ٣٨٧ مدني، وبالتالي يحق له التمسك بالمادة ٣٨٧ للمطالبة بإبطال البيع بدعوى عدم العلم الكافي بالمبيع، لكن الفقه مستقر على أن عدم تسليم البائع أشياء مطابقة للعينة لا يعني هذا أن المشتري لم يعلم بالمبيع علماً كافياً، ومن ثم لا يجوز له التمسك بالمادة ٣٨٧ للمطالبة بإبطال البيع بدعوى عدم العلم الكافي بالمبيع، وأن كل ما يستطيع المشتري هنا مطالبة البائع بالتنفيذ أي بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع، والمبيع هو الشيء المطابق للعينة، فإذا لم يتمكن البائع من التسليم كان للمشتري حق المطالبة بالفسخ، فإذا قدم البائع أشياء مطابقة للعينة فمعنى ذلك إنّه أوفى بالتزامه بتسليم المبيع، وليس المشتري بعد ذلك أن يرفض التسليم بدعوى أن المبيع ليس صنفاً جيداً بل أقل من المتوسط، فالبائع ملزم فقط بتسليم الشيء مطابقاً للعينة، ولا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع إلا بسبب العيب الخفي، ما لم يكن العيب متصلاً بطبيعة النموذج المتفق عليه .^٣

^٩ السنهوري: المرجع السابق، ص ٢٩٩

^٩ عبد المنعم البدرأوي: المرجع السابق، ص. ٧٩ و ٨٠.

ومما يؤكد وجهة النظر السابق استنتاجها ما قاله البعض " من أن " الواقع أن عدم تسليم الشيء مطابقاً للعينة يتعلق بمسألة رضا المشتري لأنه يعني رؤية المبيع وعدم مطابقة المبيع للعينة ويعني عدم العلم الكافي بالشيء المبيع، إنَّه يتعلق بطبيعة العينة ذاتها، لأن تلك الطبيعة ذاتها إنما كانت هي المعول عليه وهي ما كان يرغب فيه المشتري ورضي بها كمن يرضى بدرجة جودة معينة من القماش المتفق عليه أو القطن المتفق عليه ويترتب على عدم المطابقة بين العينة والمبيع المسلم للمشتري إنَّه يكون للمشتري المطالبة بإبطال البيع لعدم العلم الكافي بالمبيع". ومما قد يؤيد ذلك مكان ورود البيع بالعينة بعد مسألة العلم الكافي بالمبيع، ولذلك يذهب البعض إلى اعتبار البيع بالعينة على إنَّه بيع معلق على شرط فاسخ، إذ ليس هناك ما يمنع البائع والمشتري من الاتفاق على جعل مطابقة المبيع للعينة شرطاً بالمعنى الصحيح معلق عليه التراضي، بل أن مثل هذا الاتفاق يمكن استنتاجه من كون العينة جزءاً من شيء مفرز (معين بذاته)، إذ يرجع عندئذ أن وظيفة العينة ليست مجرد تعيين أوصاف المبيع، وأن مطابقة المبيع لها شرط يتوقف عليه مصير العقد، بمعنى أن المشتري يعلق التزامه النهائي على كون المبيع مطابقاً للعينة، والواضع الأقرب احتمالاً أن يكون هذا الشرط فاسخاً، أي أن المشتري يلتزم منذ البداية ولكن مع اشتراط زوال العقد إن تبين عدم مطابقة المبيع للعينة، هذا لا ينفي أن هناك اختلافاً في الجزاء بين عدم العلم الكافي بالمبيع وبين البيع بالعينة، فجزاء عدم العلم هو البطلان وحق المشتري في طلب البطلان لا قيود عليه، بينما في البيع بالعينة فعدم مطابقة المبيع للعينة جزاؤه زوال العقد نتيجة لتحقيق شرط فاسخ، كما أن تحقق هذا الشرط يخضع للتقدير الموضوعي لا لمجرد التقدير الشخصي للمشتري .

حفظ العينة:

^٩ احمد محمد الرفاعي: القانون المدني (العقود المدنية البيع والايجار)، دار النهضة ٢٠٢٠، مصر، ص ١٣-١٧.

^٩ جميل الشراوي: المرجع السابق، ص ٧٤

والعينة التي يعرضها البائع على المشتري أو العكس تظل في يد أحد المتعاقدين وهو غالباً المشتري، حتى يمكن مطابقتها بعد ذلك على الشيء المبيع عند التسليم، وإذا كان المبيع مطابقاً للعينة فلا يجوز للمشتري رفضه، وإذا ادعى المشتري أن المبيع غير مطابق للعينة، وكانت العينة موجودة لديه أو لدى البائع فإنه يقع على البائع إثبات مطابقة المبيع للعينة، ويجوز في هذه الحالة الاستعانة بخبير، والقول الفصل في النهاية عند الاختلاف يكون للقاضي حيث أن رأي الخبير غير ملزم للقاضي .

الجزء على عدم مطابقة العينة للمبيع: يبقى مع ذلك أن الفقه التقليدي يذهب إلى أن الجزء على عدم مطابقة المبيع للعينة يفتح أبواباً ثلاثة:

أولاً: المطالبة بالتنفيذ العيني أو ثانياً المطالبة بالفسخ وأما ثالثاً أنقاض الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة الشيء .

أما في حال هلاك العينة الموجودة لدى أحد المتعاقدين أو تلفها، سواء بخطأ هذا المتعاقد أو بغير خطأ منه، وثار نزاع حول مطابقة المبيع للعينة، فقد ألقى المشرع عبئ الإثبات على عاتق من كانت لديه العينة التي تلفت أو هلكت. فإذا كانت العينة في يد المشتري كما في الحال المفترضة أنفاً، وادعى أن المبيع غير مطابق للعينة فإن عليه أن يثبت ذلك، لأن البائع لا يد له في ضياع أو تلف العينة. أما إذا كانت العينة في يد البائع وهلكت أو تلفت ولو بغير خطأ منه، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق له، فعلى البائع أن يثبت المطابقة ويكون الإثبات في هذه الحالة بكافة طرق الإثبات بحسب المادة ٢/٣٨٨

^٩ نقض مدني ١٢/١١/١٩٥٩، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٠، ص ٦٥٩، حيث رأت أن الاختلاف الطفيف بين العينة والبضاعة لا ينفي المطابقة طالما أن محكمة الموضوع قد انتهت بما لها من سلطة تقدير في هذا الصدد إلى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فوارق لا يؤيه لها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة.

^٩ انظر السنهاوري: المرجع السابق، ص ٣٠٢، سمير تناغو: عقد البيع، المرجع السابق، ص ٧٩.

مدني سوري وقد يحتاج أحد المتعاقدين إلى اثبات العينة إذا نازع فيها المتعاقد الآخر، في هذه الحالة يجب الرجوع إلى القواعد العامة والتي تقضي بأنه من كانت في يده العينة، يكون هو المدعى عليه، والطرف الآخر هو المدعي، وعلى هذا الأخير يقع عبء الإثبات.



المطلب الثالث. البيع بشرط التجربة Vente à

l'essai

النصوص القانونية:

نصت المادة ٣٨٩ مدني سوري على أنه:

(١) في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، وأن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع نمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوت قبولاً.

(٢) ويُعد البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ.

الفقرة الأولى. تعريف البيع بشرط التجربة

البيع بشرط التجربة هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع، يرى ذلك عادة بأن يشترط المشتري أن يجرب المبيع ليتبين صلاحيته للغرض المقصود منه أو ليستوثق من أن المبيع هو الشيء الذي يطلبه، ولا يكون مجرد رؤية المبيع كافياً للاستيثاق من ذلك .^٨

^٨ انظر سليمان مرقس: المرجع السابق، ص ٨٣. السنهاوي: المرجع السابق، ص ١٦٩.

وغالباً ما يتم البيع بالتجربة على أشياء مفرزة معينة بذاتها لا يتم التأكد من صلاحيتها إلا بعد استعمالها أي تجربتها كسيارة مستعملة يرغب في شرائها، فيحتاج المشتري لتجربتها للوقوف على حالتها الحقيقية ثم يتخذ قرار نهائي بالشراء من عدمه، كذلك الملابس والآلات الميكانيكية والآلات الكاتبة والراديوهات والأجهزة المنزلية وغيرها كثير مما يصعب حصره، وهي كلها منقولات لكن لا مانع من وقوع البيع بشرط التجربة على العقار كمنزل يرغب المشتري في السكن فيه. قد يقع البيع بشرط التجربة صريحاً وقد يكون ضمناً، ويكون صريحاً عندما يتفق البائع والمشتري على إجراء التجربة كما في حالة السيارة المستعملة أو حتى الجديدة ويكون البيع بشرط التجربة صراحة وإنما يستفاد ضمناً ذلك من الظروف أو الملابس أو العادة أو طبيعة التعامل كما يجرى ذلك في شراء الملابس إذ عادة ما يقوم المشتري بتجربتها أو ما يعرف بالمقاس أو البروفة.

الفقرة الثانية. كيفية إجراء التجربة

جرى الأمر في البيع بشرط التجربة أن يمكن البائع المشتري من تجربة المبيع، وذلك يقتضى تسليمه إياه لاستعماله بنفسه، وقد يكون ذلك في حضور البائع أو في غير حضوره، ويستعمله المشتري ليحكم بنفسه على المبيع والتأكد إما من صلاحية المبيع للغرض الشخصي من الشراء، وإما من صلاحية المبيع للغرض المقصود منه، والفرق بين الحالتين كبير ذلك أن صلاحية المبيع للغرض الشخصي من الشراء تعني إنه الشيء المبيع الحاجات الشخصية يلبي للمشتري أي يشبع حاجاته التي يكون وحده قادر على تحديدها، والتي من أجلها يشتريه بينما تعني صلاحية المبيع للغرض المقصود منه أن يكون صالحاً لما صنع أو أعد من أجله موضوعياً ويؤديها على خير وجه آلة تسجيل قادرة على التسجيل.

١. يختلف أمر التقدير بين أن تكون صلاحية المبيع للغرض المقصود منه (أي إعمال المعيار الموضوعي) يكون معيار تقدير الصلاحية من عدمها هو وفاء المبيع بهذا الغرض، فإذا أوفي به لا يستطيع المشتري رفضه بأي عذر طالما إنَّه يؤدي الغرض الذي أعد من أجله، وفي حالة الخلاف يرجع الأمر لتقدير الخبراء، كما في المثال السابق الخاص بآلة (آلة تسجيل).

٢. بينما إذا كان الهدف من التجربة التأكد من صلاحية المبيع للغرض الشخصي. يكون للمشتري حق قبول المبيع أو رفضه بعد الاستعمال (التجربة) وفقاً لما يراه مشبعا لغرضه أم لا، فقد يستهوي الملابس أو الآلة التي اشتراها وقد لا يستريح لها والمعيار هنا هو قبوله أو عدمه، أي المعول عليه هو قبوله هو من عدمه لا قول الخبراء بعكس الحالة السابقة. ويبدو أن هذا هو ما قصده المشرع من تنظيم البيع بشرط التجربة، ولم يقتصر المشرع على إدخال هذا التعديل، بل بين كيف تتم التجربة، فقرر إلزام البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع وللمشتري حرية القبول أو الرفض، فهو وحده الذي يتحكم في نتيجة التجربة. لذلك يكون للمشتري حرية القبول والرفض دون معقب على ذلك وهذا تطبيقاً لنص المادة ٣٨٩ مدني سوري، لذلك يجب أن يكون المبيع يلائم حاجات المشتري ورغباته بشكل شخصي، وهو الذي يستطيع أن يقرر ذلك، وهنا المشرع السوري والمصري خالفا المشرع الفرنسي وجارى المشرع في ذلك التقنين الألماني (م ٤٩٥) والتقنين النمساوي (م ١٠٨٠ معدلة) وتقنين الالتزامات السويسري (م ٢٢٣) والتقنين البولوني (م ٣٣٩)، فإن المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التي يتطلب فيها أن تتناسب لمشتري مناسبة شخصية، فهو وحده الذي يستطيع أن يقرر ذلك أما كيف تتم التجربة فقد نصت المادة ٣٨٩ الفقرة الأولى على إنَّه " على البائع أن يمكنه (أي المشتري) من التجربة، فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة

ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً.

يلتزم البائع إذن بتمكين المشتري من تجربة المبيع وعلى المشتري أن يجرى التجربة في المدة المتفق عليها وهذه المدة تحدد عادة في العقد، وإذا لم تحدد مدة كانت المدة هي المدة المعقولة التي يعينها البائع ويعلن بها المشتري، وقد يحدث أن يقوم المشتري بأخذ المبيع لإجراء التجربة في المدة المعينة من قبل البائع ويسكت ولا يرد على البائع بشأن قبوله أو رفضه في هذه الحالة يفسر سكوته على إنه قبول طبقاً للقواعد العامة في تفسير السكوت. وفي حالة الاختلاف بشأن المدة يكون للقاضي القول الفصل في تقدير المدة.

وإذا أعلن المشتري قراره بالقبول أو الرفض في خلال المدة أصبح البيع باتاً (في حالة القبول) أو اعتبر كأن لم يكن (في حالة الرفض).

الفقرة الثالثة. طبيعة البيع بشرط التجربة

البيع بشرط التجربة هو بيع معلق على شرط واقف هو قبول المبيع، وقد يكون بيع معلق على شرط فاسخ.

١- يكون البيع بشرط التجربة بيعاً معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع بمعنى أن البيع موجود منذ اتفاق الطرفين البائع والمشتري، ولكنه لا يكون بيعاً باتاً لأنه معلق على شرط قبول المبيع (بعد التجربة) فهذا شرط واقف يوقف تمام البيع وجعله باتاً.

فإذا أعلن المشتري قبوله اعتبر البيع تاماً، ووفقاً لفكرة الأثر الرجعي للشرط، فإنه يُعد المشتري صاحب الحق المنقول (المبيع هنا) من تاريخ انعقاد العقد.

هذا هو الأصل، لكن البيع بشرط التجربة قد يكون معلقاً على شرط فاسخ.

٢- رأى المشرع أن البيع بشرط التجربة يمكن أن يكون بيعاً معلقاً على شرط فاسخ إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ يعني ذلك رفض المشتري للمبيع أو عدم قبوله فيتحقق الشرط. والشرط الفاسخ يعني أن البيع يوجد ويترتب آثاره وناظراً منذ إبرامه ولكنه مهدد بالزوال بأثر رجعي إذا ما تحقق الشرط الفاسخ، فإذا قبل المشتري أو سكت وانقضت المدة فيكون الشرط الفاسخ قد تخلف ويتأكد العقد ويزول الخطر الذي كان يهدده أما إذا رفض المشتري المبيع فيتحقق الشرط ويزول العقد بأثر رجعي، المشرع في التقنين المدني السوري رأى إنّه قد يتفق الطرفان على اعتبار البيع بشرط التجربة هو بيع بات من انعقاده مما يترتب آثاره مباشرة دون انتظار نتيجة التجربة، وكل ما في الأمر إنّه إذا رفضه المشتري بعد التجربة اعتبر الرفض فسخاً للبيع وهنا يُعد البيع معلقاً على شرط فاسخ، وكذلك قد لا يكون هناك اتفاق على اعتباره بيعاً معلقاً على شرط فاسخ وإنما قد يستفاد ضمناً من الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ وليس واقف. هنا يُعد البيع باتاً من لحظة انعقاده وتترتب عليه آثاره من تلك اللحظة دون انتظار نتيجة التجربة.

وفي الحالتين حالة الاتفاق أو حالة ما يستشف من الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ فإن البيع يكون صحيحاً ويكون رفض المشتري للمبيع بعد التجربة سبباً في زوال العقد منذ البداية، أما قبوله فيؤدى إلى إنتاج الشرط لأثره وهو تأكيد قيام العقد وثبوتها نهائياً بزوال خطر فسخه وفقاً للقواعد المعروفة عن أثر تحقق الشرط أو تخلفه.

الخلاصة أن البيع بشرط التجربة هو بيع معلق شرط واقف، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف

أن البيع معلق على شرط فاسخ. وهذا التكييف منتقد من قبل الفقهاء .^٩

^٩ Malaurie, n°105 ; Antonmatté/Raynard, n°69, note 233 ; Bénabent, n°104

المطلب الرابع. البيع بشرط المذاق Vente à la

dégustation

الفقرة الأولى. تعريف البيع بشرط المذاق

نصت المادة ٣٩٠ على إنه إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ولا ينعد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان .

في البيع بشرط المذاق يشترط المشتري على البائع ضرورة تذوق المشتري للمبيع وقبوله له، وبذلك يعلق المشتري رضاؤه بالبيع على مذاق الشيء وملاءمته له، ويتم ذلك بطريقة صريحة أو ضمنية تستفاد من الظروف والملابسات، ومن هذه الظروف التي يستفاد منها هذا الشرط طبيعة المبيع نفسه، فمن المبيعات ما لا يدرك كهنة إدراكاً تاماً إلا بمذاقه وذلك كالزيت والزيتون والخل وبعض أنواع الفاكهة والنبيد ونحو ذلك من المأكولات والمشروبات التي تختلف فيها أذواق الناس، والمفروض إنه إذا بيع شيء من ذلك ولم تدل الظروف على أن المتبايعين أرادا استبعاد شرط المذاق، فقد قصد المتبايعان أن يكون البيع بشرط المذاق، فلا يتم إلا بعد المذاق وقبول المشتري للمبيع . عادة ما يتم المذاق قبل تسليم المبيع للمشتري، فيتم المذاق في المكان الذي يكون فيه التسليم، ويسبق التسليم فوراً بحيث إذا تسلم المشتري

^١ المادة ١٥٨٧ من القانون المدني الفرنسي، ابرام البيع خاضع لموافقة المشتري التقديرية وفقاً لمعايير الشخصية الخاصة به [] بالتالي يتمتع بحق الخيار. يتعلق الأمر بوعده بالبائع ملزم لجانب واحد.

^١ انظر السنهوري: المرجع السابق، ص ١٧٩. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص ٨٧.

المبيع اعتبر تسلمه إياه رضاءً به وقبولاً له بعد مذاقه، وأيضاً يتم المذاق في الزمان والمكان الذين يتفق عليهما المتبايعان، وإذا لم يكن هناك اتفاق لا صريح ولا ضمني على الزمان والمكان اتبع عرف الجهة. والذي يذوق المبيع هو المشتري شخصياً وله الحرية الكاملة في قبول المبيع أو رفضه حسب ذوقه، والعبرة بذوق المشتري شخصياً فهو وحده الذي يقرر ما إذا كان الشيء المبيع يناسبه أم لا ولا يصح اللجوء لخبير لتقدير هذا الأمر وذلك بعكس البيع بشرط التجربة.

ويجب على المشتري إعلان قبوله للشيء بعد مذاقه وبالتالي فإن سكوته لا يكفي، وهو بذلك يختلف عن البيع بشرط التجربة حيث كما سبق القول - يُعد السكوت قبولاً - وقد ورد بنص المادة ٣٩٠ إنَّه لكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف.

الفقرة الثانية. طبيعة البيع بالمذاق

البيع بالمذاق هو وعد بالبيع من جانب واحد، وقد ورد بالمادة ٣٩٠ إنَّه " ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان " أي إعلان القبول، فالبيع بالمذاق ليس بيعاً بالمعنى الصحيح، وإنما هو مجرد وعد بالبيع، فالحقيقة أن البائع مرتبط بالبيع ولا يستطيع أن يرجع فيه، ولكن المشتري غير مرتبط بالشراء، فنحن بصدد وعد بالبيع من جانب البائع وحده، وهو وعد صحيح لتضمنه كل أركان البيع النهائي ومدة لإظهار المشتري قبوله، وبمقتضى هذا الوعد يلتزم ببيع الشيء إذا لاءم ذوق المشتري، كما يلتزم أيضاً يتمكن المشتري من تذوق المبيع .

إن البيع بشرط المذاق لا يعن أن هذا البيع معلق على شرط واقف لأن اصطلاح الشرط هو نوع من المجاز القانوني يتناول بنود العقد وليس معناه الحقيقي أو تكييفه القانوني، أي الأمر المستقبلي والذي

^١ عبد المنعم البدرأوي: المرجع السابق، فقرة ٤، ص ٦.

يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله. أما البيع بشر المذاق ينصرف فقط إلى وقت الإعلان عن الرغبة بالتعاقد ولذلك كيف على إنَّه وعد بالبيع من جانب واحد بعكس البيع بشر التجربة فهو وعد ولا يُعد بيعاً تاماً إلا إذا ذاق الطرف الآخر الشيء المبَّيع وقبله وينعقد البيع من وقت هذا القبول وليس للقبول أثر رجعي بعكس البيع بالتجربة.

وقد ورد ذكر ذلك بالمذكرة الإيضاحية صراحة حيث قالت " يختلف بيع المذاق عن البيع بشر التجربة، ولا في أن المشتري حر في القبول أو في الرفض في مدة يحددها الاتفاق والعرف، فالاثان حكمهما واحد في ذلك، ولكن في أن البيع لا يُعد معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري للقبول بأثر رجعي فبيع المذاق، قبل قبول المشتري إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد.

كما ان الرضا بالشراء يرجع إلى مشيئة المشتري الذي يقرر وفقاً لإرادته المحضة قبول المبَّيع أو رفضه ولا يحق للبائع أن يعقب عليه أو يناقشه في إرادته إلا إذا ورد في العقد بند بإخفاء الشرط لأهل الخبرة أو لمعيار موضوعي لا دخل لإرادة المشتري به. لذلك فإن القانون المدني السوري أخذ بالمعيار الشخصي بالمبدأ على إنَّه يجوز الاتفاق على اعتبار المعيار الموضوعي هو المحدد لهذا الشرط.

الفقرة الثالثة. الفرق بين بيع المذاق والبيع بشر

التجربة

يجب على البائع في الحالتين تمكين المشتري من تجربة المبَّيع أو تذوقه، كما يملك المشتري في الحالتين الحرية في قبول المبَّيع أو رفضه دون مناقشة من قبل البائع لأن المشرع السوري أخذ بالمعيار الشخصي من حيث المبدأ ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. كما أن تبعة الهلاك في كل من الحالتين

تقع على من بيده الشيء محل العقد سواء كان البيع بشرط المذاق أو التجربة ما لم يتف الطرفان على خلاف ذلك.

بكل الاحول البيع بشرط المذاق هو وعد بالعقد وليس عقد بيع بات أم البيع بشرط التجربة فهو عقد بيع معلق على شرط ولذلك سيجوز على هذا التكييف عدة فروق بين العقدين:

١- من حيث دور كل منهما، فإن المذاق يقصد به التحقق والتنشيط من ملائمة الشيء لذوق المشتري شخصياً، أما التجربة فيقصد منها - كما سبق بيانه - التحقق أما من صلاحية المبيع للغرض الشخصي من الشراء وأما التحقق من صلاحية المبيع للغرض المقصود منه، ويترتب على ذلك أن نتيجة المذاق العبرة فيها بقبول أو رفض الطرف الآخر وحده (المشتري) ولا يجوز اللجوء للخبراء في هذا الأمر بعكس نتيجة التجربة، فيجوز أن يلجأ فيها لتقدير الخبراء عند الخلاف بالطبع.

٢- فيما يتعلق بالسكوت وعدم الإعلان عن نتيجة المذاق أو التجربة فإن سكوت المشتري في بيع المذاق لا يُعد قبول بعكس التجربة فالسكوت يمكن اعتباره قبولاً.

٣- من حيث طبيعة كل منهما يُعد بيع المذاق مجرد وعد بالبيع من جانب البائع بعكس البيع بشرط التجربة فهو بيع كامل معلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ. ويتفق البيع بالمذاق مع البيع بشرط التجربة في أن البائع في كل منهما يلتزم بتمكين المشتري من المذاق أو التجربة.

٤- يلتزم البائع في البيع بشرط التجربة بتسليم المبيع من أجل التجربة أم البيع بشرط المذاق فلا يلتزم إلا بتمكين المشتري من مذاق الشيء بجزء منه.

٥- إذا أوقع دائني البائع حجزاً على أمواله أو إذا أفلس البائع خلال مدة التجربة، فلا يؤثر ذلك على المشتري إذا تحقق الشرط الواقف ويعد المشتري مالكا للشيء بأثر رجعي من وقت بدء الشرط.

أما إذا كان البيع بشرط المذاق فيدخل الشيء المبيع بالحجز أو ضمن كتلة الإفلاس.

٦- إن البيع بشرط المذاق يقع على الأشياء الاستهلاكية كالزيوت والفاكهة والمشروبات، أما البيع بشرط التجربة فيقع على المواد الاستعمالية التي ينصب البيع فيها للانتفاع منها مع بقاءها.



المبحث الثاني. أحكام بيع النائب لنفسه

المطلب الأول. التعريف القانوني للبيع بالنيابة

تنص المادة ١٠٩ من القانون المدني على إنَّه " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على إنَّه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة.

يستفاد من هذا النص أن المشرع قد وضع القاعدة العامة والاستثناء عليها. فالقاعدة العامة أو المبدأ العام يقضى بأنه لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه، بمعنى آخر فإن تعاقد الشخص مع نفسه غير صحيح، كما يشمل قاعدة عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه تعاقدته لحساب نفسه كما في حالة ما إذا كان موكلاً في بيع مال فاشتره لنفسه، وكذلك تعاقدته لحساب الغير وفيه يكون نائباً عن طرفي العقد كما لو كان موكلاً عن طرف بالشراء وموكلاً عن طرف آخر بالبيع فيشتري ما هو موكل ببيعه.

وعلى هذا تكمن الحكمة في الحظر إنَّه في حالة تعاقد الشخص لحساب نفسه في الصورة الأولى (شراء شيء موكل في بيعه) يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصلحة الأصيل، إذا إنَّه سيفصل مصلحته الشخصية على مصلحة الموكل، وفي الصورة الثانية (تعاقدته لحساب الغير) فإن سيتعذر عليه التوفيق بين مصالح الأطراف، وإنما سيكون هناك تعارض أيضاً أو أن النائب يتحكم بإراداته وحده في مصلحتين متعارضتين، والتعارض في حالة ما إذا كان النائب ينوب عن المتبايعين معاً، لم يحسب حسابه أحد من الأصليين، وهو في حالة ما إذا كان النائب ينوب عن أحد المتبايعين مع أصالته عن

نفسه، تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها، فلا تتيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل في

١

.

٣

الحالتين .

المطلب الثاني. تطبيقات بيع النائب لنفسه

وردت صور بيع النائب لنفسه هذه في نصوص التقنين المدني في المواد من ٤٤٧ إلى ٤٤٩ .

فقد نصت المادة ٤٤٧ على إنّه " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيّط به ببيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى.

ونصت المادة ٤٤٨ لا يجوز للسماسة ولا الخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار.

ونصت المادة ٤٤٩ يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه. يتضح من استقراء هذه النصوص أنها تطبق لقاعدة عدم جواز بيع النائب لنفسه وذلك لتعارض مصلحته الشخصية مع مصلحة من ينوب عنه، وذلك لا يجوز لهؤلاء الأشخاص أن يشتروا هذه الأموال لأنفسهم، ولذلك يجب بيان من هم هؤلاء الأشخاص وما هي الأموال أو البعوض المحظورة عليهم.

^١ السنهاورى: المرجع السابق، ص ١٣٢.

الفقرة الأولى. حالات يجوز فيها بيع النائب لنفسه

استتنت المادة ١٠٩ مدني سوري حالات يجوز فيها بيع النائب لنفسه وهي ثلاث حالات:

الحالة الأولى: حالة ترخيص الأصل للنائب بالبيع لنفسه مقدما.

الحالة الثانية: حالة ما إذا نص القانون على ذلك، ومثال ذلك قانون الولاية على المال، فقد نص

في المادة الرابعة عشرة منه على إنه يجوز للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر.

الحالة الثالثة: ما تقتضي به قواعد التجارة، فإذا أجاز عرف التجارة بيع النائب لنفسه فإن يكون

صحيحا ومثال ذلك تعامل الوكيل بالعمولة فيما نيظ به بيعه أو شراؤه من أوراق مالية أو بضائع.

الفقرة الثانية. الأشخاص الذين لا يجوز لهم الشراء

هناك طائفتان من الأشخاص:

الطائفة الأولى:

وردت هذه الطائفة بالمادة ٤٤٧ مدني وهم النواب عن الغير أيا كان مصدر نيابتهم وسواء أكانت

نيابة اتفاقية أي مصدرها الاتفاق أم نيابة قانونية مصدرها القانون أو كان مصدرها أمر من السلطة

المختصة. وعلى ذلك فإن الوكيل الذي وكل في بيع مال لا يجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم

مستعار حتى ولو كان الشراء من بيع تم بطريق المزاد العلني، ويأخذ حكم الوكيل كل من نيظ به إدارة

عين واشترى المال الذي يجب أن يَتم بيعه على يده، ومن عين مصفيا لتركة أو لشركة واشترى المال

الذي يصفيه.

ومثال النيابة القانونية الولي لا يجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه لا باسمه ولا باسم مستعار ولو كان الشراء في المزاد العلني بحسب الأصل، ومثال النيابة بأمر من السلطات المختصة، فالوصي والقيم والوكيل عن الغائب والحارس القضائي كل هؤلاء ينوبون عن غيرهم في بيع المال بموجب أمر من السلطة القضائية، والموظف العام قد ينوب عن الدولة في بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية.

الطائفة الثانية:

وردت الطائفة الثانية من الأشخاص في نص المادة ٤٤٨ مدني وهم السماسرة والخبراء حيث لا يجوز للسمسار أن يشتري لنفسه المال المعهود إليه ببيع أو تقدير قيمته وسواء كان الشراء باسمه أو باسم مستعار وذلك لتعارض مصلحته مع مصلحة من عهد إليه بالمال لبيعه. وكذلك الخبير يأخذ حكم السمسار لنفس العلة حيث لا يجوز له شراء الأموال المعهود إليه ببيعها أو تقدير قيمتها، وسواء تم الشراء باسمه أم باسم مستعار.

الفقرة الثالثة. البيوع التي يمنع النائب من الشراء فيها

لنفسه

أوردت النصوص السابقة منع الأشخاص السابقين من شراء المال المعهود إليهم ببيع لأنفسهم سواء تم البيع صراحة أم باسم مستعار وسواء تم الشراء من بيع بالممارسة أم بالمزاد العلني، وسواء كان المعهود إلى هؤلاء الأشخاص ببيع المال أم مجرد تقدير قيمته.

المطلب الثالث. جزاء المنع

نصت المادة ٤٤٩ على إنَّه " يصبح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه " .

يفهم من نص المادة السابقة أن الجزاء المترتب على منع تعاقد النائب مع نفسه هو القابلية للإبطال، بمعنى أن جزاء شراء النائب للمال الموكل ببيعه هو قابلية العقد للإبطال لمصلحة الأصل، وإذا ما وجد في صالح أو حسب مصلحته أن يجيز العقد فقد ورد بالمذكرة الإيضاحية " أجاز المشرع تصحيح البيع - وهو قابل للإبطال لمصلحة البائع وقد قدر البطلان نص خاص لعلّة تعارض المصلحة - لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب، بل بإذن القضاء في البيع قبل حصوله.

والراجع في الفقه أن جزاء المنع هو عدم نفاذ أي عدم التصرف في حق الأصل إلا إذا أجازته وذلك لخروج النائب عن حدود نيابته أي قصور سلطاته عن مباشرة التصرف، ويترتب على ذلك أن البيع الذي يعقده النائب ينفذ في حق الأصل إذا أقره هو (الأصل) وهذا ما يتفق مع نص المادة ٤٤٩ .

المنع من الشراء لطوائف معينة:

^١ انظر عبد المنعم البدرأوي: المرجع السابق، ص ٩٣، السنهوري: المرجع السابق، ص ١٤٠

الفصل الرابع

البيع المحظورة

(بيع المريض مرض الموت- بيع

الحقوق المتنازع فيها- بيع الوفاء)

المبحث الأول. بيع الوفاء

المطلب الأول. تعريف بيع الوفاء

نتناول في هذا البحث صحة العقود التي تتضمن بيع الوفاء وخاصة في معرض ممارسة المصارف الخاصة لنشاطها في عمليات التمويل والاقتراض وما تنطوي تلك العملية من مخالفة للقانون. ورد بيع الوفاء في القانون المدني السوري في نص المادة ٤٣٣ التي جاء فيها، إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة وقع البيع باطلاً واعتبر المشرع السوري أن هذا النوع من البيوع هو وسيلة من وسائل الضمان والتحايل على القانون لأنه يجرد البائع من ملكيته لعقار أو المنقول بمبلغ بخس لا يتناسب مع القيمة الحقيقية للمبيع مستغلاً حاجة المقرض للمال.

وعرف الفقهاء بيع الوفاء بأنه بيع المحتاج إلى النقود عقاراً أو منقولاً صالحاً للبقاء مدة طويلة على شرط استرداد البائع له عندما يعيد الثمن للمشتري، وإنما يسمى . بيع الوفاء. لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط، وهذا النوع من البيع باطل بالقانون ونص على عدم جوازه

^١ وبيع الوفاء أسماء أخرى وهو

البيع الجائز: ولعله مبني على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ المشتري أكل ربه .
بيع المعاملة: وبعضهم يسمي بيع المعاملة، ووجهه أن المعاملة ربح الدين، وهذا يشتريه الدائن لينتفع به بمقابلة دينه.
بيع الأمانة: ووجهه أنه أمانة عند المشتري بقاء على أنه رهن أي كالأمانة
بيع الإطاعة: ووجهه حينئذ أن الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلاً بالدين فيطيعه فصار معناه بيع الانقياد.

المطلب الثاني. الفرق بين عامة البيوع وبيع الوفاء

يفترق بيع الوفاء عن عامة البيوع بالتزام المشتري ألا يبيع المُشْتَرى ولا يخرجه عن ملكه، بل يبقى في ملكه إلا أن يرد البائع الثمن على المشتري، فيرد المشتري المبيع إلى البائع.

الراجح في الفقه هو منعه وفساده إن وقع إذ العبرة في العقود بمعانيها لا بألفاظها ومبانيها، وهذا البيع مخالف لمقتضى أحكام البيع وحيلة على الربا والحيلة مخادعة.

بيع الوفاء لو كان خالياً عن شرط الرد في صلب العقد يكون جائزاً، أما إذا شرط رد المبيع في صلب العقد يكون البيع فاسداً. وهل يجب الرد على أحد المتعاقدين إذا اتفقا على رد المبيع عند رد الثمن، وكان ذلك قبل عقد البيع أو بعده بصورة المواعدة، فنرى الراجح إنَّه يجب عليهما الرد إذا تواعدا على ذلك ويكون الوعد ملزماً ديانة وقضاء.

وما دام هذا العقد باطلاً يجب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد فعلى البائع رد الثمن وعلى المشتري إعادة المبيع (مادة ١٤٣/ مدني) وأما ثمار العقار المبيع ومنافعه خلال فترة العقد فإنها للحائز حسن النية (مادة ٩٢٩/ مدني) ما لم يثبت سوء النية. كما أن تصرف البائع بعد البيع صحيح لأنه تصرف المالك بملكه أما تصرف المشتري بعد البيع فهو باطل لأن مستند نقل الملكية باطل.

وحتى يستفيد البائع من حقه في استرداد المبيع يتوجب عليه إعلان المشتري بحقه خلال الفترة المحددة بالعقد ولا يشترط شكل خاص لهذا الإعلان فيمكن أن يكون بكتاب مسجل أو مشافهةً، وفي حال رفض المشتري فللبائع مراجعة القضاء لإبطال العقد واسترداد المبيع وهذا الحق يبقى للبائع ولو لم يتضمن عقد البيع أي تحفظ له باسترداد المبيع، ونصوص العقد تشير إلى إنَّه بيعاً باتاً ما دام الاتفاق على إنَّه

ضمان لوفاء مبلغ أو التزام على البائع وإثبات هذا الحق يخضع للقواعد العامة للإثبات بما فيها الشهادة في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة.

ونخلص إلى أن الوفاء وأن تأخر الوعد عن العقد هو بيع فاسد وبالقضاء يمكن اثبات ترابط العقدين بكافة وسائل الإثبات منها الشهادة للأسباب المشار إليها سالفاً ونرى أن اللجوء إلى مثل هذه البيوع من قبل المؤسسات المالية فيه مخاطرة ومخالفة للقانون ويجعل تلك العقود عرضة للإبطال.



المبحث الثاني. بيع الحقوق المتنازع فيها

الحق المتنازع فيه هو حق محتمل الوجود وهو بهذا الوصف يمكن أن يكون محلاً لعقد احتمالي، فإذا ثبت المبيع للبائع انتقل إلى المشتري بعقد البيع وإذا لم يثبت فيكون قد ضاع عليه. لذلك فإن المشتري الذي يقدم على شراء حق متنازع فيه يخاطر بشرائه. ويمكن تعريفه بأنه حق ينكره الغير زلاً يقر به لصاحبه وقد يكون الغير مدينًا يطالبه الدائن بحق شخصي يزعم المدين بوفائه أو عدم ترتبه أصلاً.

المطلب الأول. ماهية الحق متنازع فيه

سنحاول توضيح ماهية بيع الحقوق المتنازع فيها، لفك الغموض واللبس الذي يكتنف الموضوع، سنعالج موقف القانون من التعامل في هذا النوع من الحقوق والجزاء المقرر لذلك. عرف المشرع الحقوق المتنازع فيها في المادة ٤٣٧ مدني سوري على أنها: ويُعد الحق متنازعا فيه، إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي.

الحالة الأولى: حالة رفع دعوى أمام القضاء

وفي هذه الحالة يشترط أن يكون موضوع النزاع المرفوع بشأنه دعوى أمام القضاء قد انصبت على أصل الحق، لأنه يحدث أن ترفع دعوى ولكن النزاع لا يمس موضوع الحق نفسه بل يتناول مسائل شكلية في الإجراءات، كعدم صحة التكليف بالحضور، عدم توافر الصفة أو الاختصاص فهذه المسائل لا يُعد معها الحق متنازعا فيه كونها غير متعلقة بأصله (ولكن يجب أن يكون النزاع متعلقاً بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالوفاء أو انقضائه بالتقادم) كأن يرفع المدعي دعوى يتخذ فيها موقف الإنكار للحق، ويبقى النزاع قائماً حول موضوع هذا الحق طالما إنَّه لم يثبت في الدعوى بحكم نهائي، فيبقى الحق متنازعاً

فيه إذا صدر في الدعوى حكم ابتدائي وكان الطعن فيه جائزا بطرق الطعن العادية - المعارضة أو الاستئناف.

الحالة الثانية: حالة وجود نزاع جدي حول موضوع الحق

قد لا ترفع دعوى بالحق المتنازع فيه، ولكن قد يكون النزاع حول موضوعه وهذا كافى لاعتباره حقا متنازعا فيه، وقد اشترطت أغلب التشريعات أن يكون النزاع جديا حتى ولو لم ترفع بشأن هذا الأخير دعوى أمام ساحة القضاء. وقد ذهب اتجاه من الفقه إلى حد الاعتبار أن الحق لا يكون متنازعا فيه إذا لم يكن في موضوعه نزاع جدي حتى ولو رفعت به بعد ذلك دعوى لم تكن منتظرة واعتبروا أن صعوبة التنفيذ بالحق لا تجعله متنازعا فيه إلا إذا كان هذا النزاع من شأنه أن يجعل الحق غير مستطاع التنفيذ). من خلال ضبط ماهية الحقوق المتنازع فيها والحظر الوارد على الأشخاص المشار إليهم في القانون المدني بحيث لا يجوز لهم ولا بواسطة أشخاص مستعارين شراء أو التعامل في حقوق متنازع فيها، الأمر الذي يدفعنا لدراسة الآثار المترتبة على بيع مثل هذه الحقوق، وعليه سنتطرق إلى أحقية استرداد الحق المتنازع فيه وآثار دعوى الاسترداد. تشير المادة ٤٣٧ إلى ممارسة حق استرداد الحق المتنازع فيه دون أن تحدد أحكامه واكتفى فقط بقوله: "إذا تنازل شخص على حق متنازع فيه، للمتنازل ضده إنَّه يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة"،

مفهوم دعوى استرداد الحق المتنازع فيه: والذي يهمننا الآن هو الأثر الخاص الذي رتبته القانون على بيع الحقوق المتنازع فيها عندما يكون هذا البيع قد وقع صحيحا. ذلك الأثر الخاص هو رخصة الاسترداد. Retrait Litigieux التي خولها القانون للطرف الآخر في النزاع والتي بموجبها يحل محل المشتري في مقابل أن يرد له الثمن وما تكبده من مصروفات. وتتضمن رخصة الاسترداد خروجاً على الأصل حرية التصرف ذلك أن المسترد - المتنازل ضده - يحل محل المشتري رغم إرادة هذا الأخير

والبائع. استرداد الحق المتنازع فيه قد قصد بتقريره منع المضاربة و حسم المنازعة، إذ يغلب في من يشتري حقا متنازع فيه أن يكون مضاربا و محترفا الشغب أمام ساحة القضاء بدفع ثمن أقل مما يساويه الحق و يكون الفرق مقابل ما يتحملة من عناء المنازعة فيه، وما قد يتعرض له من احتمال الخسارة، فأراد المشرع أن يفوت عليه الفرصة ويحسم المنازعة بتمكين الطرف الآخر في النزاع من استرداد الحق المتنازع فيه فقد نصت المادة ٤٣٧ على انه "إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه فللمتنازل ضده أن يتخلص منة هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة وقد أضاف النص المصري إلى ما يجب رده فوائد الثمن وقت الدفع فضلا عن الثمن الحقيقي و المصروفات.

وبعد ضبط المشرع مجال الحق المتنازع فيه لما نكون بصدد حق محل نزاع مطروح أمام ساحة القضاء وما زال لم يصدر بشأنه حكم قضائي نهائي، وكذلك الحالة التي نكون بصدد نزاع حول حق غير مطروح على ساحة القضاء ولكنه جدي في هذين الحالتين فقط أقر المشرع للمتنازل ضده حق استرداد الحق المتنازع فيه من المتنازل له مقابل تقديم الثمن الحقيقي والمصروفات الواجبة إلى هذا الأخير فتعد هذه الدعوى بمثابة ضمان قانوني أقره المشرع لحماية الطرف الضعيف في العلاقة ألا وهو المتنازل ضده.

المطلب الثاني. الأشخاص ممنوعون من الشراء

تنص المادة ٤٣٩ " لا يجوز للقضاء ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً.

بداية يجب ملاحظة أن هؤلاء الأشخاص ممنوعون من الشراء فقط أي المنع لا يشمل البيع وإنما ينصب على الشراء، فلا يجوز أن يكونوا أطرافاً في عقد البيع باعتبارهم مشتريين.

الأشخاص الممنوعون من الشراء هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون، وقد ذكروا في المادة ٤٣٩ على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليهم، ولا يمتد الحظر إلى الخبراء ومترجمي المحاكم ووكلاء المحامين وكتبتهم وخدم المحاكم والحراس ورجال الشرطة ومأموري الضبطية القضائية.

ويشمل لفظ القضاء كل من ولي وظيفة القضاة، سواء كانوا قضاة بمحاكم الدرجة الأولى جزائية أو مدنية أو الاستئناف أو النقض هذا في القضاء العادي، وكذلك القضاة في المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، تشمل كلمة قضاة جميع القضاة آيا كانت درجاتهم، ولا يدخل فيهم المحكومون فهم لا يُعدون قضاة وبالتالي لا يشملهم الحظر.

وكذلك أعضاء النيابة بدءاً من معاون النيابة وانتهاءً بالنائب العام، وكذلك المحامون من المحام تحت التمرين حتى محام النقض، وكذلك كتبة المحاكم والمحضرون.

ويجب أن تثبت الصفة لهؤلاء الأشخاص وقت حصول الشراء، فالعبرة بتوافر الصفة وقت الشراء، فإذا اشترى أحد القضاة أو أعوانهم السابق ذكرهم مالا متنازع فيه قبل تحقق هذه الصفة له أو حتى بعد زوال الصفة فلا يدخل في نطاق الحظر. ويشمل الحظر من الشراء باسمهم صراحة أو بأسماء مستعارة، كما لو سخر أحدهم آخر للشراء باسمه، وهذا منعا بالطبع للتحايل وبثا للثقة في رجال القضاء وأعوانهم.

المطلب الثالث. الحقوق المحظور عليهم شراؤها

لا يحظر على هؤلاء الأشخاص الأموال بصفة عامة وإنما الحظر يشمل طائفة أو نوع فقط منها وهي الحقوق المتنازع فيها كلها أو بعضها إذا كان النزاع داخلاً في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها.

إذن يكون الحق متنازعا فيه وفق ما نص عليه المشرع، إذا ما رفع به دعوى أمام القضاء، وليس معنى ذلك إنَّه يشترط رفع دعوى بالحق لأجل اعتباره متنازعا فيه، وإنما يمكن ألا ترفع به دعوى ويقتصر الأمر على المرحلة السابقة على رفع الدعوى وهي مرحلة قيام نزاع جدي بشأن هذا الحق يعرض باحتمال رفع الأمر للقضاء، ويعنى هذا أيضا إنَّه لا يكفي أي نزاع حول الحق لاعتباره متنازعا فيه، فيخرج منه الاختلاف البسيط الذي يمكن حسمه دون اللجوء للقضاء.

ويجب أن يكون الحق متنازعا وقت الشراء، بمعنى أن سبق قيام نزاع والفصل فيه نهائيا قبل النزاع يخرج الحق من الحظر، وبالتالي يجوز للقضاء وأعوانهم شراؤه.

ويشترط ثانياً أن يكون هذا الحق المتنازع فيه داخلاً في اختصاص المحكمة التي يباشرون فيها أعمالهم، بمعنى أن تختص المحكمة التي يعمل بها القاضي أو أعوانه بالنظر في النزاع حول هذا الحق، بمعنى آخر إذا لم يدخل النزاع حول الحق في اختصاص المحكمة التي يعمل بها هؤلاء الأشخاص فإن الحظر ينتفي وبالتالي يجوز لهم الشراء مثلهم في ذلك مثل غيرهم.

وبالطبع يرجع إلى قواعد قانون المرافعات في شأن تحديد اختصاص المحاكم ونطاقه ومداه لتحديد ما إذا كان الحق المتنازع فيه يدخل في اختصاص المحكمة أم لا.

وإذا توافر الشرطان السابقان كان الحق محظوراً شراؤه من قبل القضاة أو أعوانهم، ولكن لماذا هذا الحظر من الشراء.

المطلب الرابع. جزاء مخالفة الحظر

وفقا للمادة ٤٣٩ مدني السابق ذكرها فإنَّه إذا ما خالف هؤلاء الأشخاص الحظر، بمعنى أن قام أحد القضاة أو أعوانهم بشراء حق من الحقوق المتنازع فيها كله أو بعضه، وكان النزاع داخلاً في

اختصاص المحكمة التي يباشرون فيها أعمالهم، فإن البيع يكون باطلاً، والبطلان هنا من النظام العام وفقاً لقواعد البطلان، ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به.

منع تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه:

نصت المادة ٤٤٠ من التقنين المدني على إنه " لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً.

سبق أن ذكر المشرع المحامي في نطاق المنع العام الوارد بالمادة ٤٣٩ وينطبق على المحامي الأحكام السابق بيانها، إلا أن المشرع عاد وخص المحامي بحكم خاص مؤداه إنه بخلاف الحكم السابق، فإن من حالات شراء المحامي الحق المتنازع فيه يتولى هو الدفاع عنه، فإنه لا يجوز له في هذه الحالة أن يتعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها، وسواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار.

ويلاحظ أن هذا الحكم الخاص الوارد بنص المادة ٤٤٠ لا يقتصر على الشراء فقط، بعكس المنع العام الوارد بالمادة ٤٣٩ بل أن الحظر هنا يمتد ليشمل جميع التعامل شراء كان أم غيره. وتتمثل حكمة المنع في منع شبهة الاستغلال من المحامي لموكله بأي شكل يؤدي إلى إضعاف مركز الموكل، ويستفيد منه المحامي.

الخلاصة إنه في صدد منع المحامي هناك منع عام وارد بالمادة ٤٣٩ يتعلق بمنع الشراء للحق المتنازع فيه كله أو بعضه وسواء تم باسمه أو باسم مستعار ولا يشترط أن يكون المحامي موكلاً عن أحد طرفي النزاع وهناك منع خاص بالمحامي يشمل الشراء أو غيره من المعاملات يكون المحامي موكلاً فيه، كما لو اشترط المحامي على الموكل حصوله على نسبة أو حصة من الحق المتنازع فيه عند حصوله على حكم لصالحه، كأتعاب له فإن هذا الاتفاق يُعدُّ باطلاً.

أما الجزاء على المنع هنا فهو البطلان أيضا.

يحظر على القضاء وأعوانهم شراء الحقوق المتنازع فيها كلها أو بعضها متى كانت داخلة في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وذلك لحكمة يهدف إليها المشرع ألا وهي رغبة المشرع في منع ما قد يحدثه هذا الشراء من تأثير على طريقة الفصل في النزاع على المبيع من جانب المشتري أو أحد زملائه أو المتصلين به في العمل، أو حتى درء مظنة هذا التأثير صونا لكرامة القضاء للثقة فيه، من قبيل ذلك إنَّه من استغلال القضاة أو أعوانهم لنفوذهم في الحصول على حكم لصالحهم بشأن الحق المتنازع فيه، ولذا أراد المشرع أبعاد الشبهة عنهم .^٦

إنما يلاحظ أن الحظر يقتصر على الشراء لتلك الحقوق ولا يشمل البيع لها، وبالتالي يجوز للقضاء وأعوانهم أن يكونوا أطرافا في عقد البيع بوصفهم بائعين ولا غبار عليهم، وذلك لانقضاء مظنة استغلال النفوذ، كما سبق بيانه، لكن ما هو الجزاء على مخالفة الحظر.

^٦ سليمان مرقس: المرجع السابق، ص ٢٥٢. عبد المنعم البدرابي: المرجع السابق، ص ٩٤.

المطلب الخامس. دعوى استرداد الحق المتنازع فيه

يجوز ممارسة دعوى الاسترداد فقط إذا كان الحق محل دعوى قضائية أو كان محل نزاع جدي، وأن يكون النزول على الحق بمقابل: وفي هذا المنوال يجب أن يكون التصرف بمقابل نقدي كتمن المبيع أو بمقابل آخر كالمثلثات. ومنه يستوجب في التصرف أن يقع بمقابل وبمفهوم المخالفة كل تصرف دون مقابل لا يحتمل فيه فكرة المضاربة وهي العلة التي أسس عليها المشرع الحظر الواقع على بيع الحقوق المتنازع فيها، ومن ثم نقل الحق بطريق الهبة لا يرقى إلى فكرة المضاربة بحيث ينتقل الحق للمتنازل له بدون مقابل. ولكن هل يجوز الاسترداد إذا كان المقابل غير الثمن النقدي؟

عند القراءة الأولى يتبادر إلى الذهن التنازل بمقابل ثمن نقدي وهو البيع بحكم إنَّه يشكل مضاربة صارخة للحق المتنازع فيه. ولكن هل ترقى المقايضة لتكون محلاً لممارسة دعوى الاسترداد. يرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري: إنَّه لا بد أن يكون المقابل نقداً وعلى هذا الأساس تخرج عنه المقايضة وبالتالي لا يمكن ممارسة دعوى الاسترداد لكون المسترد لا يمكنه دفع ثمن البيع الحقيقي بل يقدم له تعويضات. ولا يشترط في البيع أن يكون رضائياً وإنما إذا وقع عن الحق المتنازع فيه نتيجة بيع قضائي فإنَّه يجوز الاسترداد. نظراً لإطلاق عبارة النص.

يُعد هذين الشرطين هما الأصلين وهما أن يكون الحق المسترد متنازعا فيه وأن يكون بمقابل. يجب على المتنازل ضده أن يعلن رغبته في استرداد الحق المتنازع فيه بأية وسيلة يمكن إثباتها. وبالتالي لا يحتاج الإعلان إلى شكل خاص. فالمتنازل ضده يعلن إرادته في الاسترداد عن طريق طلبه في المحكمة من المشتري بالشكل العادي الذي تبدى به الطلبات في الخصومة يوجه الطلب إلى المتنازل له دون المتنازل لكون المتنازل له - مشتري الحق المتنازع فيه - هو الخصم في دعوى الاسترداد.

ويطلب الاسترداد في أي وقت يكون الحق لا زال متنازعا. فإذا رفعت دعوى في موضوع الحق المتنازع فيه يجب ألا يكون الحكم فيها حاز قوة الأمر المقضي فيه. وإذا رُفع بالحق دعوى وانتهت إلى حكم ابتدائي، فما دام الحكم غير نهائي، يبقى الحق متنازعا فيه لأنه يحق لمن صدر الحكم ضده الطعن فيه ويجوز معه الاسترداد. ويجب كذلك لكي يكون الحق متنازع فيه على النحو الذي ذكرناه أن يكون متنازع فيه في الوقت الذي يتنازل عنه صاحبه إلى الغير، فإذا بدا الحق متنازع فيه ثم انحسم النزاع، فنزل عنه صاحبه بعد ذلك، فلا يجوز استرداده وتحقيق هذه الشروط على الحق سواء كان منقولاً أم عقاراً. وتسقط دعوى الاسترداد بمضي ١٥ سنة من يوم النزول على الحق المتنازع فيه. وعليه يستخلص مما سبق أن إعلان المدين عن إرادته في استرداد الحق المتنازع فيه يتم دون حاجة لاستعمال شكل معين كون القانون لم يشترط ذلك ويوجه هذا الإعلان من المدين - المتنازل ضده -، إلى المشتري وليس ضد البائع - المتنازل - لأن المشتري هو الشخص الوحيد المعني بذلك. وقد يتنازل المشتري عن الحق المتنازع فيه إلى شخص آخر قبل ممارسة دعوى الاسترداد على المشتري وهنا يرى السنهاوري أن ترفع دعوى الاسترداد ضد المشتري الثاني والذي سيحصل على مركز المتنازل له بدلا من المشتري الأول.

الفقرة الأولى. ما يجب على المسترد دفعه للمشتري

إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه للمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة. أن إعلان استرداد الحق المتنازع فيه يكون عديم الأثر ما لم يقوم المتنازل ضده بعرض الثمن الحقيقي بالإضافة إلى المصاريف الواجبة للمتنازل له. أن التخلص من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يكون إلا بالوفاء بالثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه للبائع وقد أراد المشرع ذكر لفظ "الحقيقي" لوضع حد للثمن الصوري الذي قد يذكره المتنازل والمتنازل له في عقد البيع. لحماية المشرع للمتنازل ضده أقر بدفع الثمن الحقيقي دون أن يقتصر في الصياغة

على الثمن فقط لسد ذريعة اتفاق المتنازل و المتنازل له بإدراجهما في العقد ثمن خيالي و صوري حتى لا يكون الاسترداد باهظ التكاليف على المتنازل ضده مما يجعل هذا الأخير يعدل على الاسترداد مع الإشارة إلى أن عبء إثبات الثمن الحقيقي يكون على عائق المتنازل ضده و يكون بكافة طرق الإثبات عملاً بالقواعد العامة لكون المتنازل ضده في العلاقة ما بين المتنازل و المتنازل له يُعد من الغير مما يجعل هذه العلاقة بالنسبة للمتنازل ضده بمثابة واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات. أما المصاريف الواجبة فيدخل في هذا القليل أتعاب الموثق الذي قام بتحرير عقد التنازل ورسوم التسجيل ورسوم البيع والشراء ومصاريف إعلان الحوالة ورسوم الطوابع وأتعاب المحامي والسمسرة. على المتنازل ضده أن يدفع بالإضافة إلى الثمن الحقيقي جميع المصاريف الواجبة المشار إليها أعلاه وللإشارة ما دام المشرع قد نص على الثمن الحقيقي بكل مشتملاته بمعنى إذا كان الثمن الحقيقي مؤجلاً أو مقسطاً فإن المتنازل ضده يستفيد من هذا التأجيل أو التقسيط.

الفقرة الثانية. الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد

الحالة الأولى إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد: مثال ذلك بيع التركة فهي مجموعة من المال بما له من حقوق وما عليه من ديون وعليه لا ننظر هنا إلى عنصر من عناصر بالذات وبالتالي إذا كان الحق المتنازع فيه يفقد ذاتيته ويفنى مع العناصر الأخرى في مجموع التركة، هنا تنعدم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات وعليه لا يجوز استرداده وبالتالي إذا اشترى شخص من وارث نصيبه في التركة وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة في ذمة أجنبي وهو دين يناع فيه المتنازل ضده فهنا المتنازل له أصبح صاحب هذا الحق المتنازع فيه. ولا يستطيع المتنازل ضده أن يسترده من.

الحالة الثانية إذا كان الحق المتنازع فيه مشاعا بين ورثة أو شركائه وباع أحدهم نصيبه للآخر :

أن الاشتراك في الميراث أو الشيوع قد يكون هو الدافع إلى الشراء هنا مما يعارض فكرة المضاربة، ناهيك على أن إجازة الاسترداد في هذه الحالة لا تؤدي إلى حسم النزاع بصفة نهائية. والملاحظ أن شراء الشريك لنصيب شريكه لا يقصد به المضاربة بل هو إلا قسمة أو خطوة نحوها.

الحالة الثالثة إذا تنازل المدين لدائنه عن حق متنازع فيه وفاء للدين الثابت في ذمته: وتقتض

هذه الحالة، أن المدين له حق في ذمته شخص آخر متنازع فيه بينهما، ثم يتنازل المدين عن هذا الحق لدائنه كوفاء لدينه الذي في ذمته له، في هذه الحالة لا يجوز الاسترداد هذا الحق من قبل المتنازل ضده لأن قبول الدائن المتنازل له بالحق ينفي فكرة المضاربة حيث يقصد من وراء قبوله الوفاء بحقه مما يجعل عملية تنازل المتنازل عن الحق المتنازع فيه للمتنازل له وفاء بمقابل لا مضاربة فيها. مثاله كأن يكون (أ) له حق متنازع فيه مع (ب)، ويكون (أ) في نفس الوقت مدينا ل (ج) فوفاءك منه بحق (ج) يتنازل عن حقه المتنازع فيه مع (ب). هنا لا يمكن ل (ب) ممارسة دعوى الاسترداد على ج.

الحالة الرابعة: إذا كان الحق المتنازع فيه ديناً مترتباً على عقار وبيع العقار لحائز العقار أو بعبارة

أخرى إذا كان الحق المتنازع فيه يتقل عقارا وبيع الحق لحائز هذا العقار فحائز العقار المرهون الذي يشتري الدين المضمون بالرهن والذي قد يكون متنازعا فيه فهنا لا تكون عملية الشراء إلا وسيلة لتخليص عقاره المثقل بالرهن وليس بنية المضاربة في الحق المتنازع فيه. مثاله أن يكون (أ) صاحباً لأحد العقارات المرهونة وفاء لدين متنازع فيه ل (ب) على (ج)، فإذا اشترى (أ) الدين من (ب) مثلاً، فلا يجوز ل (ج) استرداده لأن (أ) لم يقصد المضاربة بل قصد تخليص العقار من الرهن الذي يتقل كاهله.

الحالة الخامسة: إذا كان المشتري حسن النية غير عالم وقت البيع بالنزاع المتعلق بالحق المبيع

لأنه في هذه الحالة تنتفي عنه فكرة المضاربة وهي الغاية من الاسترداد.

الحالة السادسة: إذا تم النزول عن الحق بدون مقابل لأن المادة ٤٣٧ مدني سوري اشترطت أن يَتمَّ النزول بمقابل أما إذا كان حاصلاً على سبيل التبرع فلا يجوز فيه الاسترداد. وذلك لانعدام العلة منه ولأن التبرع ينفي فكرة المضاربة. اما إذا كان التبرع بمقابل عوض حيث يجعل هذا النزول عن الحق بمقابل فيجوز الاسترداد في هذه الحالة.

الفقرة الثالثة. آثار الاسترداد

أ. في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده

يترتب بصفة آلية على الاسترداد حلول المسترد محل المشتري -المتصرف إليه- بأثر رجعي أي من تاريخ التصرف. مع العلم إنَّه لا يُعد هذا شراء جديد، فيكون المشتري في هذه العلاقة وكأنه لم ينتقل إليه الحق على الإطلاق.

وعلى وجه الخصوص يترتب على استرداد الحق سقوط جميع الحقوق التي يكون المشتري قد رتبها على الحق قبل الاسترداد. كأن يكون المشتري قد رتب رهناً لأحد الأشخاص على العقار أو حق ارتفاق أو انتفاع، فتُعدُّ هذه الحقوق بعد الاسترداد كأن لم تكن، وإذا كان دائن المشتري قد استصدر حكماً من القضاء بالحجز، فإنَّه يسقط بمجرد وقوع الاسترداد لأن محل الحجز لم يعد مملوكاً للمشتري.

ب. العلاقة ما بين المشتري والبائع

تبقى هذه العلاقة قائمة وصحيحة فهي لا تنقض بالاستيراد. ويذهب غالب الفقهاء إلى القول ببقاء عقد البيع بين المتنازل والمتنازل له بعد الاسترداد على أساس أن الاسترداد يوجه ضد المشتري وحده دون البائع، ومن ثم لا تتأثر العلاقة بين البائع والمشتري، وينجر عنه إنَّه يكون للبائع الحق بمطالبة

المشتري بالثمن والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع، ولا يحل المسترد محل المشتري في هذه الالتزامات، لأن البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته، ولا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بالضمان بعدما انتزع المسترد الصفقة من يد المشتري. إلا إذا كان المشتري يجهل إنَّه اشترى حقاً متنازلاً فيه فيكون له الرجوع على البائع بالضمان والتعويض.

ج. العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع

يذهب جانب في الفقه الفرنسي إلى جواز رجوع البائع على المسترد بالثمن عن طريق دعوى غير مباشرة استعمالاً للبائع لحق مدينه المشتري قبل المسترد وإمكانية البائع لمباشرة دعوى مباشرة على المسترد.

الأرجح إنَّه لا يجوز للبائع إلا ممارسة دعوى غير مباشرة في حالة ما إذا لم يدفع المسترد الثمن الحقيقي والمصاريف الواجبة إلى المتنازل له فهنا يكون المتنازل له دائن للمسترد بالثمن والمصاريف الواجبة ويكون البائع إذا لم يسدد له المتنازل له ثمن الحق المتنازع فيه دائناً لهذا الأخير مما يجعل المسترد في مثابة مدين البائع مما يخوله ممارسة الدعوى غير المباشرة في مواجهة المسترد للمطالبة بالثمن الحقيقي والمصاريف الواجبة. كما يترتب على استرداد المدين للحق إنهاء هذا الحق الأخير إذا كان شخصياً وقطع الخصومة إذا كان الحق عينياً وعليه الحق المتنازع فيه لا ينتقل من البائع إلى المسترد. والعلة في ذلك أن هذا الحق كان متنازلاً فيه من البائع والمسترد، فهنا الاسترداد قد حسم النزاع وبالتالي يسقط حق البائع في مطالبة المسترد بالحق المتنازع فيه، وعليه يصبح أثر الاسترداد كأثر الصلح في حسم النزاع.

د. آثار الاسترداد على الحق المتنازع فيه

إزاء مباشرة المسترد دعواه فإنَّه يحسم النزاع القائم حول الحق المتنازع فيه وبالتالي يختلف هذا الحسم بحسب موضوع الحق المتنازع فيه سواء حق شخصي أو عيني باستثناء الحالات الأربع المنصوص عليها في القانون المدني التي تخرج هذه الحالات من مجال ممارسة حق الاسترداد. فإذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً فإن الاسترداد ينهيه، إما إذا كان حقاً عينياً فإنَّه يقطع الخصومة. وإذا كان الحق المتنازع فيه حق شخصي مثلاً ديناً يدعيه البائع في ذمة المسترد فإن الاسترداد لا ينقل الدين إلى المسترد فينقضي باتحاد الذمة. بل إن الاسترداد يحسم النزاع في الدين فيُعد كأنه لم يكن في ذمة المسترد.

المبحث الثالث. بيع التركة

يقصد ببيع التركة أن يبيع الشخص التركة القائمة أو جزء منها لشخص آخر، سواء كان المشتري من الورثة أو الغير. كما يعد بيع الوارث نصيبه في التركة أو بعضه بيعاً جزافاً أي بثمن مقدر جملة واحدة دون أن يحدد ثمن كل مال من الأموال التي تشتمل عليها فالذي يميز بيع التركة عن غيره من البيوع هو طريقة تعيين المبيع فالمبيع قد تعين بأنه ما آل إلى الوارث من مورثه أو حصة مما آل إليه من المورث. والتركة هي كل ما للإنسان حال حياته وانتقل شرعاً إلى ورثته بعد وفاته سواء كان كالأول أو حقاً من الحقوق المالية وقابل للانتقال.

كما تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق حقوق الدائنين بها. فتنقل هذه الأموال مثقلة بحق عيني هو أقرب إلى أن يكون حق رهن. ولكن هذا الرهن مصدره القانون وليس الاتفاق مع الدائنين فهو رهن قانوني، ولا بد من شهر الحق لكي يكون نافذاً في حق الغير الذي يمكن أن يتصرف له الوارث. ولما كانت التركة تنتقل إلى الورثة من ذلك التاريخ، فإنه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها ولكن تصرفهم يكون خاضعاً لحقوق الدائنين.

وبالتالي بيع التركة لا يكون صحيحاً إلا إذا تم بعد وفاة المورث إذ أن بيع التركة المستقبلية أي بيع تركة إنسان على قيد الحياة يكون باطلاً وفق ما جاء في المادة ١٣٢ مدني سوري.

ونظراً لأن البيع ليس أموالاً معينة وإنما يقتصر البائع على أن يبيع ما آل إليه من مورثه فلا رجوع عليه بالضمان إذا اتضح أن بعض الأموال التي كان يظن أنها من مشتملات التركة لم تكن في الحقيقة ملكاً للمورث فلا يضمن المورث إلا وجوده في الإرث دون أن يضمن مشتملات حصته الإرثية ما لم يقضي الاتفاق خلاف ذلك. وبيع التركة له طابع خاص من الناحية المعنوية والمادية:

من الناحية المعنوية: تنتقل التركة بعواطف الانسان وصلته الخاصة بالمورث وما تحمله من معاني
تصل أحياناً إلى مرتبة التجرد عن المادة.

من الناحية المادية: للتركة طابع مادي خاص، فهي تمثل مجموعة من الأموال العقارية والمنقولة،
التمينة والعادية، الجديدة والمستعملة. وبالتالي، إن الوارث هو البائع هنا لا يعلم حقيقة موجودات التركة
المادية قيمتها المالية ويتشارك فيها المشتري، فقد يظن أحدهما أن شيء من الأشياء الداخلة في التركة
ويكون عكس ذلك، ومن جهة أخرى إن بيع التركة ينطوي على المجازفة ويُعد من العقود الاحتمالية التي
يفاجأ فيها المشتري بأمر غير متوقعة كسباً أو خسارة. لأن البيع هنا غير محدد ولا معين، إنما هو
مجموعة من الأموال التي بيعت جزافاً، لكن هذا لا يمنع من ذكر بعض الأشياء الداخلة في التركة طالما
أن هذه الأشياء ليست كل الشيء المبيع.

أما إذا كان البيع لعين معينة من التركة فلا يخضع لهذه الاحكام الخاصة ويكون بيعاً عادياً ويطبق
عليه قواعد البيع وأحكامه السابقة.

ويعرف بيع التركة في الفقه الإسلامي بالمخارجه ويدرس في باب الفرائض والموارث، ويعني ذلك
أن يخرج أحد الورثة من توزيع الميراث بان يبيع حصة كلها أو بعضها إلى أحد الورثة أو غيره ولها أحكام
خاصة.

لا بد من التنبيه إلى الخطأ الذي ورد في المشروع التمهيدي للقانون المصري بهذا الخصوص،
بتمييزه بين بيع التركة والمخارجه بالنسبة إلى البائع والوارث. وقال القانون إن بيع التركة أعم من
المخارجه، وارث أو غير وارث أما المخارجه هي فقط بين الورثة. لكن الفقهاء ذكروا في كتبهم أن
المخارجه تكون لو ارث او لغير وارث.

المطلب الأول. آثار بيع التركة.

الفقرة الأولى. أثر بيع التركة فيما بين المتعاقدين

تنص المادة ٤٤١ مدني سوري على إنَّه من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا ثبوت وراثته ما لم يتفق عل خلاف ذلك.

إلى جانب هذا النص، وضع المشرع عدة نصوص لتنظيم التزامات البائع والتزامات المشتري، وفيما عدا هذه النصوص فإن بيع التركة يخضع للقواعد العامة في البيع، وهذه الالتزامات هي على الوجه الآتي:

أولاً. التزامات البائع

يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وبالتسليم وبالضمان. أما التزام البائع بنقل ملكية المبيع فتتفيذه يتوقف على طبيعة كل حق من حقوق التركة، فلئن كان البيع شاملاً لكل حقوق البائع الوارث في التركة أو بعضها كنصفها أو ربعها بحسب ما ينص عليه الاتفاق فتتحدد التركة حالتها وقت وفاة المورث وليس وقت العقد، إلا أن انتقال ملكية كل حق يتم بالطريقة التي نص عليها القانون بنقل ملكية كل حق على حدة عملاً بنص المادة ٤٤٢ مدني سوري، وطبقاً لهذا النص فإن نقل ملكية المنقول المعين بالذات يتم بمجرد العقد، وإذا وجدت منقولات معينة بالنوع فإنها تُعدّ معينة بالذات لأن بيع التركة هو بيع جزاف، أما الحقوق الشخصية فتسري عليها أحكام حوالة الحق، وينتقل كل من هذه الحقوق إلى المشتري في حدود الحصة التي اشتراها من التركة بمجرد العقد، لكن هذا الانتقال لا يُعد سارياً قبل المدين أو الغير إلا إذا قبل المدين الحوالة في محرر ثابت التاريخ أو أعلن بها وفقاً لأحكام حوالة الحق.

وإذا كان البائع قد استولى لنفسه على شيء من أموال التركة في الفترة بين الوفاة والبيع فعندئذ يجب عليه ردها للمشتري، ويدخل في ذلك ما يكون الوارث قد استوفاه من الديون التي للتركة قبل الغير وثمان ما يكون قد باعه من أموال التركة للغير قبل أن يبيع حصته، وكذلك ما يكون قد استهلكه من أموال التركة لاستعماله الشخصي، ما لم يكن البائع عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد، عملاً بأحكام المادة /٤٤٣/ مدني سوري .

ويلاحظ إنَّه إذا كانت حقوق البائع الوارث شائعة مع غيره من الورثة، فإنَّه ينقل للمشتري حقوقه بهذا الوصف أي باعتبارها شائعة، ويصبح المشتري مالكاً على الشيوع مع الورثة الآخرين. ولكن هذا لا يعني حلول المشتري بصفة وارث بل بصفته شريكاً لباقي الورثة في التركة، لأن صفة الوارث تتصل بالشخص ولا يمكن أن تكون محلاً للتعامل.

ويلتزم الوارث البائع بمقتضى المادة /٤٤١/ مدني سوري بضمان إرثه للتركة تجاه المشتري ويترتب هذا الضمان في ذمته بمقتضى القانون إذ يضمن الوارث البائع أولاً أن التركة قد فتحت فعلاً أي حصلت وفاة المورث، وثانياً يجب أن يضمن إرثه في هذه التركة، فإذا ثبت إنَّه ليس بوارث فحكم بيعه هنا حكم بيع ملك الغير. كما يضمن حصته الإرثية التي تخصه بالنسبة لمجموع التركة، النصف أو الثلث أو الربع ... ولا يضمن البائع الوارث شيئاً وراء ذلك، لا يضمن مثلاً عقاراً محدداً في التركة أو سيارة خاصة ولا يضمن له أن يكون في حصته مال بعينه أو عين معينة، ولا يضمن أن يكون للحصة أو لبعض أعيان قيمة معينة كذلك لا يمكن العودة عليه بضمان الاستحقاق إذا ظهر أن بعض أعيان التركة تعود لمستحق أجنبي. ولا يضمن سلامة المبيع، إذا ظهر في المبيع عيب خفي باعتبار أن البيع احتمالي. بالمقابل إذا ذكر البائع الوارث للمشتري أن التركة تشتمل على عين معينة أو أشياء محددة فإن البائع يضمن وجودها. كذلك إذا اتفق المتعاقدان على ضمان عدم التعرض أو العيوب الخفية فيعمل بهذا الاتفاق.

ويستدل من نص المادة /٤٤١/ مدني سوري أن الضمان مقرر لمصلحة الطرفين، كما إنَّه ليس من النظام العام، إذ يمكن للمتعاقدين الاتفاق على زيادة هذا الضمان أو تخفيفه أو الإعفاء منه، بل إنَّه يمكن للمتعاقدين أيضاً على إعفاء البائع من ضمان إرثه، وفي هذه الحالة إذا ثبت - بعد إبرام البيع - أن البائع لم يكن وارثاً بالأصل فليس للمشتري الرجوع عليه، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد مارس تدليساً عليه باتهامه إنَّه وارث مع علمه بعدم صحة ذلك. كما إنَّه ذو طبيعة احتمالية، إذ إن المبيع مجموعة من الأموال التي لا تعرف مشتملاتها ولم يحدد أعيانها.

ثانياً. التزامات المشتري

الالتزام الأساسي على عاتق المشتري هو دفع ثمن المبيع، حيث يلتزم المشتري - سواء كان وارثاً آخر أو أجنبياً عن التركة، أن يدفع للبائع الوارث الثمن المتفق عليه والمصروفات والفوائد شأنه في ذلك شأن كل مشترٍ آخر ويلزم فوق ذلك كله أن يرد للوارث ما عسى أن يكون هذا قد دفعه من تكاليف التركة. باعتبار أن المشتري يملك حصة البائع من التركة ويصبح صاحب الحق في الأعيان والديون وفي ملاحقة المدينين وفي أخذ الإجراءات الاحتياطية في مواجهتهم وفي طلب تصفية التركة واستلام الحصة من التركة منقولات وعقارات.

والثمن مضمون بحق امتياز على الحصة المباعة ويجب قيد هذا الامتياز بالنسبة إلى العقارات.

المطلب الثاني. أثر التركة فيما يتعلق بالغير

الغير في بيع التركة طوائف ثلاثة

(١) الورثة الآخرون غير الوارث البائع

(٢) دائنو التركة ومدينوها.

(٣) الخلف الخاص للوارث البائع (أي كل شخص تلقى من الوارث البائع حقا على عين أو دين

مشمات الحصة المبيعة).

فالورثة الآخرون ليسوا طرفا في البيع الذي تم بين الوارث البائع والمشتري فلا يكتسبون من هذا البيع حقا ولا يترتب في ذمتهم التزام ولكن البيع الذي تم جعل المشتري شريكا لهم في الشيوع في جميع مشمات التركة من عقارات ومنقولات وديون بمقدار حصة الوارث البائع وقد حل المشتري محله بموجب البيع.

أما ديون التركة فهذه لا يلزم بها المشتري لأن الوارث نفسه لا يلتزم بها فالتركة هي التي تقوم بسداد ديونها أولاً. ولكن يجوز أن يكون الوارث قد دفع من مال حصته في دين على التركة فيرجع بما دفعه على المشتري لأن هذا قد استفاد بما دفعه الوارث إذ خلصت له الحصة دون أن يستنزله منها هذا الدين. كذلك قد يكون الوارث دفع ما يصيب حصته في وصية تركها المورث فهنا أيضاً ولنفس السبب السابق يرجع على المشتري بما دفع.

ويصدق نفس الحكم إذا كان البائع دائناً للتركة ثم انقضى الدين بالميراث بسبب اتحاد الذمة، فإن هذا الدين يعود مرة أخرى للوجود ببيع التركة إلى المشتري، لأن اتحاد الذمة هو مانع للمطالبة وليس سبب من أسباب انقضاء الالتزام، فإذا عاد حق البائع تجاه التركة فإن المشتري يكون مسؤولاً عن هذا الحق تجاه البائع ويدفع له ثمن الحق بالإضافة إلى ثمن المبيع.

أما مدينو التركة فهؤلاء يكونوا بالبيع مدينين للمشتري من الوارث لأن الوارث تنتقل إليه حقوق التركة بخلاف ديونها فيحول بالبيع هذه الحقوق للمشتري منه وتسرى القواعد العامة المتعلقة بحالة الحق ومن أهم هذه القواعد أن الحوالة لا تكون نافذة في حق مديني التركة إلا إذا قبلوها أو أعلنوا بها فإذا لم يقبلوا الحوالة ولم يعلنوا بها ووفوا لوارث البائع حصته من الديون التي في ذمتهم للتركة كان هذا الوفاء نافذاً في حق المشتري ولا يبقى للمشتري إلا الرجوع بالضمان على الوارث البائع لأنه ضامن لأعماله الشخصية واستيفاءه لديون التركة بعد بيع حصته يُعد عملاً شخصياً من جانبه يستوجب الضمان .

أما بالنسبة للخلف الخاص للوارث البائع فإنه يُعد من الغير في البيع الصادر قبل ذلك - أو بعد ذلك للمشتري لحصة الوارث.

فالأغيار - مشتري العقار المعين أو المنقول المعين أو الدين الذي للتركة أو حصة الوارث في مجموعها - هؤلاء الأغيار لا يسري في حقهم البيع الصادر من الوارث للمشتري إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة.

كما يدفع المشتري رسم البيع الذي انتقلت بموجبه ملكية الحصة إليه من الوارث وهذا الرسم يدخل في مصروفات البيع التي يلتزم بها المشتري.

يكون سداد ديون التركة إذا لم يخضع لنظام التصفية بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن لنفسه، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والتنفيذية لاستيفاء حقه من أموال التركة وما يقرره القانون لكل دائن، مثلاً عن طريق الحجز على هذه الأموال وعي في يد الورثة وإما عن طريق تتبعها والحجز عليها في يد الغير.

وعملاً بنص المادة ٤٤٤ من القانون المدني السوري، يجوز الاتفاق على تشديد الالتزامات أو على تخفيفها فيجوز مثلاً الاتفاق على أن يدفع المشتري رسم انتقال التركة للوارث، فهذا تشديد في التزامات

المشتري. كما يجوز الاتفاق على ألا يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة أو الوصايا. أو على ألا يحسب للوارث البائع ما كان دائماً به للتركة وهذا تخفيف في التزامات المشتري. كما لا يستفيد المشتري مما يكسبه الوارث بصفته الإرثية من خارج التركة، كما لو وجدت وصية لورثة المتوفي أو وقف لهم أو تعويضات خاصة بهم فهذه جميعها لا تدخل في بيع التركة.



المبحث الرابع. بيع المريض مرض الموت

المطلب الأول. تعريف مرض الموت

نص المشرع السوري على النصوص المتعلقة ببيع المريض مرض الموت، حيث نص في المادة ٤٤٥ من القانون المدني السوري على إنّه " إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته".

أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز الثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين.

ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٨٧٧ والتي جاءت موسعة بقولها: -كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يُعد تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

إن القواعد التي أقرها المشرع في القانون المدني بصدد البيع في مرض الموت استمدها من المبادئ المقررة في أحكام الشريعة الإسلامية. فقد اعتبر فقهاء الشريعة بأن بعض تصرفات الشخص في مرض موته تكون مشبوهة بشبهة التبرع المستتر بعقد آخر، لذلك يختلف اعتبارها وتختلف أحكامها عما لو وقعت في حالة الصحة أو اعتبارها وقعت أثناء مرض الموت. كما اعتبر البعض مرض الموت عارضا من عوارض الاهلية، يحد من تصرفات الشخص من جهة ومن جهة ثانية يكون المريض عاجزا عن متابعة أعماله واستثمار أمواله وتكون ذمته المالية قد أوشكت على النهاية، لذلك تتجه أنظار الغرماء إلى

أمواله عامة. كما أن المريض مرض الموت يكون قادم على النهاية الاجل والقبال على الآخرة، وهذا يشجعه على التوبة حيث يلجأ إلى عمل البر والإحسان وبحته التبرع والهبات، ومن الممكن أن يسرف في هذه التصرفات، مما يضر بالورثة والدائنين لذلك جاءت أحكام الشرع في مرض الموت أن يوصي من ماله لكن بحدود ثلث التركة.

مفاد نص المادتين ٤٤٥، ٨٧٧ مدني سوري أن العبرة في اعتبار التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت أن يكون على سبيل التبرع أو أن يكون الثمن يقل عن قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة فإذا أثبت الورثة أن البيع تم في مرض الموت عُذَّ البيع على سبيل التبرع ما لم يثبت المشتري عكس ذلك. "لما كان ذلك، وكانت أسباب الحكم المطعون فيه وما اعتتقه من أسباب الحكم المستأنف قد استدل بقرائن سائغة على أن الثمن دفع وأنه يتساوى مع قيمة المبيع واستخلص ذلك من الخطاب الذي أرسله المورث قبل التصرف إلى الشاهد بأن الباعين كانوا يبحثون عن مشتر للأرض في حدود ثمن خمسمائة جنيه للفدان وقد رفضت إحدى المشتريات التي ورد اسمها في الخطاب المؤرخ ١٨/٦/١٩٧٧ الشراء بهذا الثمن وكذلك من أقوال شاهد المطعون ضدهم بأن المورث كان يرغب إيداع قيمة نصيبه من ثمن البيع بنك مصر وهو في حدود خمسة أو ستة آلاف جنيه بما يعنى أن العقد لم يكن مقصوداً به التبرع وأن الثمن في الحدود المناسبة لقيمة المبيع وهى قرائن كافية وحدها لحمل قضاء الحكم في إثبات العوض وإثبات تناسبه مع قيمة المبيع، ومن ثم فلا حاجة للحكم للتحديث عن صدور التصرف في مرض الموت أو إثبات ذلك بطريق آخر طالما كونت المحكمة عقيدتها من قرائن ثابتة لها أصلها في الأوراق".

المطلب الثاني. الشروط الواجب توافرها في مرض

الموت

تحقق المرض: ان مرض الموت، هو ذلك المرض الذي يصيب الشخص فيؤدي به أن يكون انساناً مريضاً عاجزاً عن متابعة اعماله المعتادة خارج بيته ولكن الحادث الذي يؤدي عجز الإنسان دون أن يشعره بدنو أجله لا يُعد من قبيل مرض الموت، كما أن العجز عن القيام ببعض الاعمال اليومية نتيجة التقدم في العمر لا يعد من قبيل مرض الموت. إذ يجب أن يغلب على مرض الموت الهلاك ويتوفى المريض على تلك الحال. حالة مرض الموت مشروطة شرعاً بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك، وبالتالي "اكتفاء الحكم في اعتبار المورث مريضاً مرض موت وقت صدور التصرف المطعون فيه بعوده عن مزاولة أعماله خارج المنزل في الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابة دون بيان لنوع المرض الذي انتابه وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف غير كافي" .

مع ذلك نرى ان المرض سبب قد يؤدي إلى الموت ولكن الموت والحياة لا يتحكم فيهما المرض وانما تتحكم فيهما ابتداء وانتهاء إرادة الله - جل جلاله - فهو وحده الذي يقرر الموت والحياة ويتحصل لدينا من هذا النص إنه إذا استمر المرض على حاله دون زيادة مدة سنة او أكثر فان تصرفات المريض مرض الموت تعد بحكم القانون كتصرفات الانسان الصحيح، ولكن لو استمر المرض أكثر من سنة وهو يزداد لاعتبرت تصرفات هذا الشخص بحكم تصرفات المريض مرض الموت. وهذا النص مستمد في الحقيقة من مجلة الاحكام العدلية في المادة (١٥٩٥) منها. وقد اختلف في عد المرض الذي يطول أمده

كالسل والسكري والضغط مثلاً، فهل هو مرض موت ام مرض صحة؟ فقد قال بعضهم ان كان يزداد المرض شيئاً فشيئاً، فهو مرض موت لأن الغالب ان ينتهي بالهلاك، وقال بعضهم الآخر - بحق - ان كان لا يرجى برؤه بتداو فمرض موت وألا فمرض صحة، وثمة من قال بأنه لو طال وصار بحال لا يخاف منه الموت اعتبر صاحبه صحيحاً.

ولم يعرف مشروع القانون المدني الفرنسي الإيطالي إلا بطلان التصرفات الحاصلة في مرض الموت للأطباء والصيدالة ورجال الدين وفقاً للمادة (٩٠٩) مدني فرنسي، ويدخل المشعوذون والسحرة ضمن من تنطبق عليهم هذه المادة وذلك لان القانون لا يحاسبهم على حساب اصحاب المهن المذكورين في تلك المادة وذهب ديم ولوب (Demolombe) إلى ان مرض الموت مسألة طبية بجانب انها مسألة قانونية وعلى القضاء اللجوء إلى اهل الخبرة وهم الاطباء. وقد جرى الشراح الفرنسيون على تعريف مرض الموت؛ بأنه: ((المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه ويكون الغالب فيه موت المريض))، وان مرض الموت لا يبدأ بظهور الاعراض الاولى وانما يبدأ عند اضطرار المريض لتغيير نوع معيشته والتحقق من إنّه غير قابل للشفاء. وإذا بحثنا في القضاء الفرنسي لوجدنا فيه كثيراً من الاحكام المعبرة عن مدى صعوبة وضع تحديد حاسم لمرض الموت بالرغم مما بين تلك الاحكام من تناقض.

ويعد من قبيل مرض الموت من وجد في حالة يغلب عليها الهلاك أكثر منها الحياة، وتولد لديه هذا الشعور بدنو أجله، مما تجعل تصرفه يغلب عليه التأثير بالحالة التي وجد فيها كما لو قام وجد أحدهم في سفينة موشكة على الغرق أو حالة المحكوم عليه بالإعدام، فقام بالبيع نتيجة شعوره بدنو اجله فإن تصرفه إن توافرت فيه الشروط الأخرى عد بحكم تصرف المريض مرض الموت.

قيام مرض الموت أو ما في حكمه من مسائل الواقع التي لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من حالة المتصرف النفسية وما إذا كان التصرف قد صدر منه وهو تحت تأثير اليأس من الحياة أو في حالة

الاطمئنان اليها والرجاء منها والأمل فيها. لذلك فإن تصرف مورث قبل سفره للأقطار الحجازية لا يعد صادرا وهو في حالة نفسية تجعله في حكم المريض مرض الموت ويرتب على ذلك إنه لا يُعد وصية فان النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس .^٩

اتصال المرض بالموت: كذلك يجب أن يتصل المرض بالموت فعلاً سواء مات المريض من نفس المرض أو بسبب غيره. أما إذا لم يتصل المرض بالموت كأن يشفى من المرض ثم يموت بعد ذلك فلا تطبق عليه أحكام مرض الموت وتعد تصرفاته السابقة بحكم التصرفات الصحيحة، كما يجب أن يكون التصرف قد صدر خلال سنة من تاريخ الوفاة، وبالتالي التصرفات التي جرت قبل هذا التاريخ لا يمكن أن يطعن بصحتها بحجة أنها صدرت من المتصرف وكان في مرض الموت.

المطلب الثالث. حكم التصرف في مرض الموت

ذهب المشرع السوري إلى اعتبار البيع في مرض الموت هو بمثابة هبة مستترة يخضع فيها لأحكام الوصية والتي تكمن في شعور المريض بدنو أجله وتعلق حق ورثته بتركته شرعا منذ ذلك التاريخ مما يجعل تبرعاته المنجزة حال حياته وسيلة لستر الوصية والخروج على أحكامها، بمحابة بعض الورثة وتفضيل بعضهم على البعض الآخر والايضاء للأجنبي بما يفوق الحد الجائز شرعا، لذلك اعتبرها المشرع قرينة على الايضاء وأخضعها لأحكامه.

^٩ الطعن رقم ١٥٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/١ س ٢٠ ص ٥٦١

وبالتالي فليس مرد هذه القاعدة إلى نقص أهلية المريض، بل حماية ورثته من الوصايا المستترة التي يجاوز فيها الموصي الحد الجائز شرعاً، فالأثر المترتب على تصرفاته ليس القابلية للإبطال كما في نقص الأهلية بل عدم نفاذ التصرف حيال الورثة ودائني التركة إذا كانت مستغرقة للديون.

فروض تصرفات المريض مرض الموت.

لأحكام بيع المريض مرض الموت فروض مختلفة فإما أن يكون البيع بثمن لا يقل عن قيمة المبيع أو بثمن يقل عن سعر المبيع بما لا يجاوز ثلث التركة أو بثمن يقل عن سعر المبيع بثمن يجاوز ثلث التركة أو يكون البيع بغير ثمن أصلاً وهنا يكون هبة مستترة.

ففي البيع الذي لا يقل عن القيمة الحقيقية للمبيع بأن يثبت المشتري ذلك كان البيع صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ويستوي في هذه الحالة أن يكون البيع لوارث أو لغيره أما في حالة البيع بثمن أقل من الثمن الحقيقي للمبيع فيما لا يجاوز ثلث التركة فإنَّهُ والحال كذلك يكون البيع صحيحاً ونافاً دون حاجة إلى إجازة الورثة ويستوي كذلك أن يكون البيع لوارث أو لغيره.

أما إذا كان البيع بثمن أقل من الثمن الحقيقي وجاوز ثلث التركة فإن البيع هنا لا يكون نافذاً في حق الورثة إلا بإجازتهم ويأخذ البيع هنا حكم الوصية وقد قضى في هذا الشأن يجب أن تقع الإجازة بعد الموت فالإجازة الحاصلة وقت العقد أو اشتراك الورثة في نفس العقد لا تُعدُّ إجازة ويجب صدور إجازة أخرى بعد الموت وإجازة بعض الورثة دون البعض الآخر لا تنفذ إلا في حصص من أجاز. وأخيراً التصرف بالبيع بدون ثمن أصلاً اعتبر هبة لا تنفذ إلا في ثلث التركة فقط بحيث إذا كانت العين المبيعة تقل عن ثلث التركة نفذ التصرف دون حاجة إلى إجازة الورثة أما إذا كانت قيمة العين تجاوز الثلث وجب على المتصرف إليه أن يرد قيمة ما جاوز الثلث والعبرة في تحديد الثلث يعود إلى تاريخ الوفاة لأنه بهذا التاريخ يمكن حصر التركة فقط.

كما ان التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حال صحته لأحد ورثته تكون صحيحة ولو كان المورث قد قصد بها حرمان بعض ورثته لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته. أما ما قد يكون خرج من ملكه حال حياته فلا حق لورثته فيه ولا يُعد الوارث في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو إنَّه وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلا إنَّه في حقيقته وصية إضراراً بحقه في الميراث أو إنَّه قد صدر في مرض موت المورث فيُعد حينئذ في حكم الوصية لأن في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث، أما إذا كان مبني الطعن على غير ذلك، فان حق الوارث في الطعن في التصرف في هذا الحال إنما يستمد من مورثه باعتباره خلفاً عاماً له. فينقيد الوارث في إثبات هذا الطعن بما كان يتقيد به المورث من طرق الإثبات .

حتى يستفيد الورثة من تطبيق قاعدة المريض مرض الموت، يتوجب عليهم اثبات تاريخ تصرف مورثهم خلال مرض الموت وهذه واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع وسائل الاثبات ومنها البينة والقرائن وشهادة الطبيب. وهذا وفقاً لنص المادة ٢/٨٧٧ والتي أحالت إليها المادة ٣/٤٤٥ من القانون المدني السوري " على ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع طرق الاثبات ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً". وقد خرج المشرع في هذه المادة عن المبدأ العام حماية لحقوق الورثة في عدهم من الغير بالنسبة للتصرف وعدم الاعتداد بمواجهتهم بتاريخ السند ما لم يكن ثابتاً. ويظهر ذلك من خلال السماح للورثة بإثبات مرض الموت وتاريخ التصرف بجميع طرق الإثبات أسوة بحق الغير في إثبات صورية العقد الذي يضر بمصالحهم. لأن تغيير التاريخ قصد به التحايل على القانون، فإذا أثبت الورثة أن تاريخ التصرف غير

^١ نقض ٢٤/١٠/١٩٦٣ في الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٢٨ ق مجموعة المكتب الفني س ١٤ ص ٩٨١

صحيح وأن التاريخ الحقيقي قد تم خلال مرض الموت وهذا كان لوجود قرينة ان هذا التصرف تبرع ولو ذكر إنَّه بمقابل على سبيل المعاوضة اعتبر التصرف بحكم الوصية. لكن هذه القرينة غير قاطعة يمكن للمتصرف اليه اثبات أن التصرف هو على سبيل المعاوضة وليس تبرعاً وبذلك يسري التصرف على الورثة ويكون صحيحاً.

وبالمقارنة بين نصي المادتين ٤٤٥ والمادة ٨٧٧ نلاحظ التناقض بينهما. يمكن تفسير ذلك من خلال توجه قصد المشرع من الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ إلى إجازة البيع بين المورث والوارث دون الوصية، لكن يجب التثبت من أن هذا التصرف هو تصرف بيع حقيقي وليس تبرعاً، وإثبات كذلك أن القيمة الحقيقية للمبيع تكون معادلة للثمن أو على الأقل ألا تكون المحاباة تتجاوز ثلث التركة، فإذا كانت زيادة قيمة المبيع الحقيقية على الثمن المدفوع لا تتجاوز ثلث التركة ينفذ العقد لوارث أو لغير وارث، أما إذا زاد عن ذلك يتوجب على المشتري دفع الفرق وذلك بتكملة الثمن إلى الثلثين على الأخذ بعين الاعتبار في ذلك قيمة التركة كاملة في وقت وفاة المريض مرض الموت.

لكن إذا أثبت الورثة أن هذا البيع صورياً يخفي وصية لوارث، فلا يُعد التصرف بيعاً بل وصية ولا تكون صحيحة إذ لا وصية لوارث كما جاء في أحكام المادة ٢٣٨ من قانون الأحوال الشخصية والمادة ٨٧٧ لم تستبعد هذا المبدأ في قصر أحكامها على الوصية لغير وارث.

المطلب الرابع. حماية الغير حسن النية في البيع في

مرض الموت

قد يقوم المشتري من المريض مرض الموت ببيع العين المبيعة إلى آخر أو بترتيب حق عيني آخر عليها بمقابل لصالح الغير، كالرهن أو الانتفاع أو الارتفاق، فباستعمال الورثة المتضررين من البيع في مرض الموت حقهم المبين في القانون المدني يتهدد مركز الغير، و يمكن أن يلحق به بالغ الضرر، و من ثم يمس ذلك باستقرار التعامل، و عليه فإن العدالة استلزمت حماية هذا الغير من الضرر الذي يصيبه من ذلك؛ فجاء المشرع بنص على ما يلي : " لا تسري أحكام المادة ٤٤٥ على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع". وعليه فإن هذه المادة تلزم توافر شرطين أساسيين هما:

الشرط الأول: حتى يستفيد الغير من الحماية المقررة بهذه المادة يجب أن يكون اكتسابه لملكية المبيع أو للحق العيني عليه بعوض، وإلا كان الورثة أولى بالحماية إذا انتقل الحق إليه تبرعا، بحيث يجوز للورثة أن يتتبعوا العين في يد المتبرع له، وأن يستوفوا منها حقهم غير مثقل بالحق الذي كسبه الغير عليها، وذلك ما لم تكن العين منقولا وجرت حيازته من المتبرع له بحسن نية، إذ يصبح مالكا بمقتضى الحيازة في هذه الحالة.

وإذا كان المبيع عقارا فحتى يستفيد الغير من أحكام هذه المادة من القانون المدني يجب أن يكون التصرف الذي اكتسب به الحق العيني على العقار في سند رسمي مشهر، فورثه البائع يُعدون من الغير بالنسبة للتصرفات التي يبرمها المشتري وعليه لا يكون لها أثر بالنسبة لهم إلا من تاريخ شهرها في مجموعة البطاقات العقارية.

الشرط الثاني: بالرجوع إلى القانون المدني فإنَّه يشترط أيضا أن يكون الغير - الذي اكتسب حقا

عينيا على المبيع من المشتري - حسن النية لا يعلم وقت تعامله مع المشتري أن للورثة حقا فيها وأن التصرف السابق كان فيه البائع في مرض الموت، أما إذا علم بذلك بعد التصرف الذي أكسبه الحق العيني فإن ذلك لا يؤثر في حسن نيته.

أما إذا كان هذا الغير سيء النية بأن أخبره الورثة قبل أن يقدم على ذلك بعدم إجازتهم لتصرف مورثهم الذي تم في مرض موته، فلا يجوز له عندئذ الاستفادة من هذه الحماية، ويجوز للورثة تتبع العين تحت يده أو استرجاع العين غير مثقلة بالحق العيني الذي كسبه عليها.

وعليه إذا توافر الشرطان السالفا الذكر فإن الغير يحتفظ بحقه الذي كسبه على العين المباعة، فإن كان قد تلقى الملكية عن المشتري فلا يجوز نزعها منه، وإن كان قد ترتب له حق عيني آخر على المبيع فإن هذا الأخير يعود إلى التركة مثقلا بحق الغير كالانتفاع أو الارتفاق أو الرهن مثلا، وهذا بعد استعمال الورثة الحق الوارد في القانون المدني.

الباب الثاني

آثار عقد البيع

تتاول المشرع السوري التزامات كل من البائع والمشتري عند تنظيمه لعقد البيع في المواد من ٣٩٦ إلى المواد ٤٣٢ من التقنين المدني، إضافة إلى ذلك فإن هناك القاعدة العامة التي تطبق هنا على نقل الملكية في عقد البيع، وتلعب دوراً أساسياً في ذلك مثل المواد التي تنظم قواعد الالتزام بإعطاء (م ٢٠٤ إلى ٢٠٩)

والمواد التي تنظم قواعد اكتساب الملكية بالعقد (م ٨٩٤ - ٨٩٨).

من المعروف أن عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين ولذا فهو يرتب التزامات على عاتق كل من البائع والمشتري، فالبائع يلتزم ينقل ملكية المبيع، ويلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري، وبضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، وبالمقابل يلتزم المشتري بالثمن، هذا ما نتناوله في هذا المكان من الكتاب.

الفصل الأول

التزامات البائع

أورد المشرع التزامات البائع في المواد من ٣٩٦ إلى ٤٣٢ من التقنين المدني وتتمثل أساساً وفقاً لنص المادة ٣٩٦ بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً وهذا هو ما يسمى بالالتزام بنقل الملكية، وكذلك يلتزم المبيع ويلتزم بالضمان، وهذا ما نوضحه.

المبحث الأول. الالتزام بنقل الملكية

المطلب الأول. الإطار القانوني للالتزام بنقل الملكية

وردت النصوص المنظمة لنقل الملكية في النظرية العامة بالتحديد في آثار الالتزام، وهناك نصوص وردت في عقد البيع في آثار الالتزام، وهي المواد التالية:

المادة ٢٠٥ مدني سوري تنص على إنه "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

كما تنص المادة ٢٠٦ على إنه "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء".

فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض.

كما نصت المادة ٨٩٤ على إنه " تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٥ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية:

المادة ٨٩٥ تنص على إنه "المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة

"٢٠٦

والمادة ٨٩٨ تنص على إنه " إن الالتزام بنقل ملكية العقار في السجل العقاري خاضع لأحكام

البيع والامتيازات والتأمينات وكذلك بالنصوص المتعلقة بالسجل العقاري". وتنص أحكام السجل العقاري

على إنَّه في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا بالتسجيل في السجل العقاري.

ويبين قانون السجل المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب تسجيلها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا السجل.

إضافة إلى ذلك هناك نصوص وردت في المادة ١١ من القرار رقم / ١٨٨ / لعام ١٩٢٦ الخاص بتنظيم قانون السجل العقاري وتعديلاته الذي ينظم حالياً تسجيل الحقوق العينية العقارية. يتبين من تلك النصوص أن هناك شروطاً لنقل الملكية في عقد البيع، وأن هناك فرق بين ترتيب البيع لالتزام بنقل الملكية وبين تنفيذ هذا الالتزام بنقل الملكية فعلاً وأن الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه كقاعدة عامة فوراً وبمجرد نشوئه كما إنَّه قد يسبق تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أعمال تمهيدية يلتزم بها البائع (٣٩٦)

المطلب الثاني. نقل الملكية بمجرد العقد

تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري في عقد البيع باتفاق جميع التشريعات الوضعية، سواء قلنا إن المبيع ينتقل تلقائياً بمجرد العقد أو اعتبرناه التزاماً على البائع بنقل الملكية، وذلك لأن نقل الملكية هو عنصر جوهري وهو الغاية والهدف المباشر من التعاقد.

وإذا كان عقد البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية إلى المشتري، لذلك يجب التمييز بين هذا الالتزام وتنفيذه. وإن كان الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه من حيث المبدأ فوراً بمجرد نشوئه أي بعد إبرام عقد البيع.

لكن قبل تنفيذ الالتزام بنقل الملكية، هناك بعض الأعمال التمهيدية التي يتوجب على البائع القيام بها، فإذا قام البائع بهذه الأعمال الضرورية، انتقلت الملكية فعلاً من البائع إلى المشتري بحكم القانون ويكون المشتري قد كسبها بموجب عقد البيع.

تحليل الالتزام بنقل الملكية والذي يتم بحكم القانون.

العقد ينشئ التزام في جانب البائع بنقل الملكية إلى المشتري، ثم يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون إذا توافرت الشروط المطلوبة. وبانتقال الملكية إلى المشتري، يبدو لنا أن نقل الملكية كان أثراً مباشراً لعقد البيع، ولكن من الناحية الفنية القانونية، ليس إلا تنفيذاً للالتزام بنقلها. والالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه، فتنتقل الملكية إلى الدائن بحكم القانون، ومن ثم ينقضي الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه. وهذا خلافاً لما كان يتم في الحقوق الرومانية وفي القانون الفرنسي القديم حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد وإنما بالتسليم.

والآن لا يوجد مانع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية، ويكفي للوصول إلى هذه النتيجة يمكن

القول إن العقد حرك القانون ومن ثم تنتقل الملكية فوراً.

لكن ما يجري في القانون المدني الحديث، إن عقد البيع ينشئ التزاماً في ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشتري، بعض البيوع يتم تنفيذ هذا الالتزام بمجرد إبرام العقد وبقوة القانون ويطلق عليها عقود ناقلة للملكية بحد ذاتها. والبعض الآخر يقتضي القيام بتنفيذ الالتزام بنقلها، وبالتالي يتوجب على البائع القيام ببعض الأعمال اللازمة لنقلها، كفرز المبيع في الأشياء المعينة بالنوع، والقيام بالإجراءات اللازمة لتسجيل العقار في السجل العقاري .

القاعدة إذن أن الالتزام ينقل الملكية من تلقاء نفسه متى قام البائع بما عسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التمهيدية لنقلها، ومتى توافرت الشروط الواجبة لذلك، وهذا ما قرره المادة ٢٠٥ مدني حيث تقول " الالتزام ينقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات أيضاً المادة ٨٩٤ مدني حيث تقول " تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٥".

كما لا بد من احترام اختلاف إجراءات نقل ملكية المبيع بحسب ما إذا كان المبيع منقولاً أم حق عيني عقاري.

لكن نقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد بالمعنى السابق يختلف بحسب ما إذا كان المبيع منقولاً أم حق عيني عقاري، وفي حال ما إذا كان المبيع منقولاً يختلف الأمر بحسب نوعه وهل هو منقول معين بالذات أم بالنوع، ففي حالة المنقول وفي كل الأحوال يفترض يتوافر الشروط المطلوبة وقيام البائع بالأعمال التمهيدية المؤدية لنقل الملكية.

ففي حالة ما إذا كان محل البيع منقول معين بالذات تنتقل الملكية بمجرد العقد، وأما إذا كان منقولاً معيناً بالنوع فلا بد من الإفراز أولاً حتى تنتقل الملكية.

^١ منصور مصطفى منصور: المرجع السابق، ص ٢٣٥.

أما إذا كان محل البيع حقاً عقارياً فلا تنتقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل وفقاً للقرار رقم / ١٨٨ / لعام ١٩٢٦ المتضمن قانون السجل العقاري وتعديلاته. وعلى ذلك سوف نبحت نقل الملكية في بيع المنقول ثم نقل الملكية في بيع العقار أو الحق العيني، وهذا ما نفضله بادئ بنقل الملكية في المنقول.

الفقرة الأولى. نقل الملكية في المنقول

يختلف الأمر في صدد نقل الملكية بحسب ما إذا كان المنقول معيناً بالذات أو معيناً بالنوع، ففي النوع الأول تنتقل الملكية بمجرد العقد، بينما يتراخى نقل الملكية في المنقول المعين بالنوع إلى حين الإفراز، وذلك على النحو التالي:

أولاً. نقل ملكية المنقول المعين بالذات

تنتقل الملكية في المنقول المعين بالذات بمجرد العقد ودون حاجة إلى أي إجراء آخر، أي أنها تنتقل فوراً وبمجرد العقد، وهذا ما يستفاد من نصوص المواد ٢٠٥ مدني، ٨٩٤ فقد نصت المادة ٢٠٥ أن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

ونصت المادة ٨٩٤ على إنه تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٥ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية:

ومؤدى تطبيق هذين النصين على الالتزام بنقل الملكية الناشئ من عقد البيع أن ملكية المبيع بالذات تنتقل من البائع إلى المشتري بقوة القانون ومن وقت الاتفاق على البيع، فيصبح الالتزام المذكور -

منفذا قانونا من وقت نشوئه بشرط أن يكون البائع مالكا للمبيع في ذلك الوقت - ويتم انتقال الملكية بمجرد العقد سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير .

وتطبيقاً لذلك إذا اشترى شخص حصانا معينا بذاته أو سيارة معينة بذاتها، انتقلت إليه ملكية الحصان أو السيارة بمجرد العقد، ويصبح الحصان أو السيارة ملكاً للمشتري ولو لم يتسلمه أو لم يدفع شيئاً من ثمنه، لأن انتقال الملكية في البيع لا يتوقف على التسليم أو على دفع الثمن كله أو بعضه، ويترتب على ذلك أيضاً أن المشتري يستطيع التصرف في المبيع باعتباره مالكاً حتى قبل أن يتسلمه أو أن يدفع ثمنه، ويكون له ثمرة المبيع ونماؤه، وعليه أعباؤه من وقت العقد وعلى الإجمال يكون له حقوق المالك وعليه التزاماته .

لكن ثمة شروط أساسية لتطبيق قاعدة انتقال الملكية في المنقول المعين بالذات بمجرد العقد، وهي شروط مستفادة صراحة من النصين،

وهما أولاً: يجب أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع، ثانياً في ضرورة أن يكون الشيء محل الحق المبيع معينا بذاته. وأما عن شرط ملكية البائع للمبيع فهذا شرط بديهي، ومع ذلك نص عليه المشرع في المادة ٢٠٥ مدني، لأنه إذا لم يكن مالكا للمبيع ما أمكنه نقل ملكيته إلى المشتري فور العقد، فالقاعدة أن فاقد الشيء لا يعطيه، فإذا كان المبيع مملوكا للغير فلا يترتب على بيع ملك الغير نقل ملكية المبيع إلى المشتري فور العقد، ولو كان البيع وارداً على شيء معين بالذات.

وأما عن شرط كون الشيء المبيع معينا بذاته، فيجب أن يكون معيناً بذاته على النحو السابق بيانه، أما إذا كان الشيء معينا بالنوع فلا تنتقل ملكيته إلا بأفراده وهو ما تنتقل إليه.

^١ انظر سليمان مرقس: المرجع السابق، ص ٣٥٤.

كما ذكرنا إن الملكية تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد إذا وردت على شيء منقول معين بالذات دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

من حيث المبدأ، لا يجوز لأي شخص أن يتقدم لشراء الشيء محل العقد من بائعه بعد أن انتقلت ملكيته إلى المشتري. وإن فعل ذلك عن علم يكون سيء النية، ولا يمكن أن يكتسب أي حق على المنقول الذي انتقلت ملكيته إلى المشتري.

لكن نفترض أن البائع قد تصرف بالشيء ذاته إلى مشتري آخر وكان حسن النية وتم تسليم المبيع إليه، فهذا يكتسب ملكية هذا الشيء، لكن ليس على أساس عقده الذي أجراه مع البائع، لأن البائع لم يعد مالكا للشيء المبيع وإن ملكيته قد انتقلت بالعقد الأول إلى المشتري الأول، ومن ثم يعد هذا البيع الثاني بيعاً لملك الغير ولا تنتقل الملكية إلى المشتري الآخر بموجب عقد.

لكن يتمكن المشتري الآخر من كسب الملكية على أساس قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز إذا كان حسن النية وفقاً للمادة ٩٢٦ مدني سوري.

كما يشترط لتطبيق هذه القاعدة بعض الشروط:

١. أن يكون محل التزام نقل الملكية شيء مادي منقول أو أي حق عيني على منقول مادي.
٢. أن يكون وضع اليد من قبل الحائز على هذا المنقول بقصد تملكه. فإذا حصلت الحيازة بإكراه أو تمت خفية أو بموجب لبس، فلا يكون لها أثر إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب. وأن تكون حيازة واضع اليد بشكل فعلي، وبهذا الصدد إذا ترك المشتري المبيع عند البائع على سبيل الوديعة، فإنه لا يجوز له التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. أو إذا تسلم المشتري بوليصة الشحن، ولم يتسلم البضاعة المشحونة، لأن مجرد تسليم المشتري بوليصة الشحن لا يجعل منه حائزاً فعلياً.

٣. أن يكون واضع اليد حسن النية، أي معتقداً وقت تسلم الشيء إنَّه تسلمه من مالكة الفعلي، وشرط حسن النية متطلب فقط وقت تسليم المبيع.

٤. أن يكون وضع اليد على المنقول قد تم بناءً على سبب صحيح، أي بناءً على عقد أو أي سند ناقل للملكية، كعقد البيع الصادر من غير مالك، أو من مالك سابق بعد أن باع مرة أخرى. ومن الملاحظ، أن الشروط المتقدمة تحمي الحائز حسن النية من دعوى استحقاق المالك لاسترداد الشيء من بين أيديه.

لكن نفترض أن الشيء المنقول كان في حالة ضياع أو سرقة، ثم تصرف فيه من وجده أو سرقه وسلمه إلى شخص حسن النية. وفقاً لنص المادة ٩٢٨ مدني سوري "يجوز لمالك الشيء المنقول أو السند لحامله إذا فقد أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة.

يستنتج من هذا النص، أن المالك الأصلي للشيء المفقود والمسروق له الحق باسترداده خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة. وإذا كان الحائز قد اشتراه من شخص يحوز هذه الأشياء، فله الحق بالتمسك بها حتى يقوم المسترد بتعجيل الثمن الذي اشتراه من البائع.

الفقرة الثانية. نقل ملكية المنقول المعين بالنوع

إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالنوع، أي شيء من المثليات التي يختلط بعضها ببعض ويقوم بعضها مقام بعض بالوفاء، والتي تقدر بالوزن أو الكيل أو العدد. فلا تنتقل الملكية عليه بمجرد العقد، وإنما يلزم لذلك إفرازه أولاً، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٠٦ مدني حيث قالت "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء"، ونصت المادة ٨٩٥ مدني على أن "المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٦ مدني"، وتتأتى ضرورة

الإفراز هنا من أن الشيء قبل إفرازه غير معروف بالذات، فهناك إذن استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته إلى المشتري قبل الإفراز.

والأشياء المعينة بالنوع هي الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء والتي تقدر بالوزن أو الكيل أو بالعدد أو بالمقاس، ويتعين على البائع إفراز هذا الشيء المعين بالنوع ولكن كيف يتم الإفراز.

الإفراز هو عبارة عن عملية تحديد الشيء المبيع بتحويله من شيء معين بالنوع فقط إلى شيء معين بالذات، حتى يمكن نقل ملكيته، ويتم الإفراز بالطريقة التي تتفق مع طبيعة المبيع، فقد يكون الإفراز عن طريق وزن المبيع أو كيله أو مقاسه أو عدده، ويتم ذلك في المكان والزمان المتفق عليهما، وإذا لم يكن هناك اتفاق اتبع العرف، وإلا ففي مكان تسليم المبيع وفي الوقت الذي يجب فيه التسليم، ويجب أن يكون الإفراز - بالوزن أو الكيل أو المقاس أو العد - واقعا من البائع أو نائبه بمحضر من المشتري أو نائبه .

عدم قيام البائع بالإفراز:

يقع على عاتق البائع التزام بإفراز الشيء المعين بالنوع لكن البائع قد يتقاعس عن ذلك فما هو الحال، أجابت المادة ٢٠٦ مدني في فقرتها الثانية بأنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض. معنى ذلك إنَّه في حالة امتناع البائع عن الإفراز يجوز للمشتري أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين، أي يقوم بشرائه بنفسه ويرجع بالثمن والمصروفات على البائع، بل ويرجع أيضا بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر البائع في تنفيذ التزامه، والأصل أن يستأذن المشتري القاضي في

^١ انظر السنهاوري: الوسيط - السابق، فقرة ١١٨، ص ٢٨٧.

ذلك، لكن قد تسعفه الظروف في الحصول على إذن القاضي، فله أن يفعل ذلك دون استئذان القاضي، ولكن بعد أعذار البائع أولاً ثم يقوم بالشراء على نفقته، أيضاً يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ولا يخل ذلك في الحالتين بحقه في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء تأخر البائع في تنفيذ التزامه.

ثالثاً. نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري

تنص اتفاقية فيينا الدولية لبيع المنقولات على أن البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها في الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك، فإذا كانت الملكية في الأشياء المنقولة المعينة ينوعها لا تنتقل إلى المشتري إلا بالإفراز هناك يأخذ شكلاً خاصاً وهو التسليم ففي حالة انتفاء الاتفاق على شيء آخر فإن ملكية البضائع لا تنتقل إلا بالتسليم وتظل هذه البضائع قبل ذلك ملكاً للبائع ويظل متحملاً تبعه هلاكها، وقد يتم التسليم عند الشحن أي في محطة التصدير وقد يتم التسليم عند التفريغ أي في محطة التوريد، ولا شك في أن ذلك من الأمور المتروكة للأطراف، وإذا لم يوضح المتعاقدان ذلك، كان التسليم في محطة التوريد، ولتحديد مرحلة التسليم أهمية كبيرة، فإذا أفلس البائع والبضائع في الطريق جاز للمشتري أخذها ولا يملك أي من الدائنين مزاحمته إذا تم الاتفاق على أن يكون التسليم عند الشحن، أما إذا تم الاتفاق على أن يكون التسليم عند التفريغ فلا يجوز للمشتري ذلك وتظل البضائع في ملكية البائع.

الفقرة الثانية. نقل الملكية في العقار

قدمنا فيما سبق أن الملكية تنتقل في المنقول بالعين بالذات المملوك للبائع بمجرد العقد للمشتري، أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز، أما في المواد العقارية فإن الأمر يختلف حيث يلزم لنقل الملكية والحقوق العينية العقارية مراعاة أحكام قانون السجل العقاري والتي تلزم بضرورة التسجيل أو القيد، وذلك وفق ما سنبينه.

النصوص القانونية

تنص المادة ٨٩٨ من القانون المدني على إنه "إن الالتزام بنقل ملكية العقار في السجل العقاري خاضع لأحكام البيع والامتيازات والتأمينات وكذلك بالنصوص المتعلقة بالسجل العقاري".

ويبين قانون السجل العقاري المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أو غير ناقلة للملكية، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا التسجيل.

وبالرجوع للقرار رقم / ١٨٨ / لعام ١٩٢٦ الخاص بقانون السجل العقاري وتعديلاته، نجد أن: جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلة أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية.

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن.

أولاً. أهمية التسجيل في بيع العقار

تتفق قاعدة انتقال ملكية المبيع المنقول بمجرد العقد، بفرض توافر كافة شروطها، مع طبيعة المنقول لأن المنقول تسري عليه " قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية " تلك القاعدة التي تقتصر بطبيعتها وبحسب منطوقها على المنقول دون العقار. وبالتالي فإن من يتعامل مع بائع المنقول أو حائزه يعلم إنَّه يتعامل مع مالك للمنقول ويكون من شأن مثل هذا الاتفاق نقل ملكية الشيء أو الحق العيني عليه، ويكون نقل الملكية أو الحق العيني حجة أي يمكن للمشتري الاحتجاج به في مواجهة كافة بدون عقبات.

بينما يختلف الأمر في بيع العقار حيث لا تتفق قاعدة الحيازة كسند للمالك مع طبيعة العقار. حتى أن العقار بحسب طبيعته هو كل شيء مستقر بحيزه ثابتة فيه لا يمكن نقله منه دون تلف. وبالتالي يحتاج من يرغب في شراء عقار أو اكتساب حق عيني عليه للتأكد من إنَّه يتعامل مع مالك حتى يتسنى له اكتساب ملكيته أو أي حق عيني عليه، تطبيقاً لقاعدة ضرورة أن يكون البائع مالكا للمبيع.

ووجد المشرع أن وسيلة العلم هذه تتحقق من خلال شهر التصرفات المتعلقة بالعقار أي تسجيله حتى يستطيع كل من له مصلحة في العلم أن يعلم بالبيانات أو التصرفات التي وردت على العقار ومن هو مالكه وما إذا كانت هناك ديون أو رهون تنقله، وهي بيانات غاية في الأهمية في اتخاذ قرار الإقدام على التعامل فيه كالشراء مثلاً من عدمه.

وثمة سبب آخر يهتم من أجله الغير بمعرفة أمر انتقال الملكية وخصوصاً الملكية العقارية، ذلك أن الملكية العقارية أساس هام من أسس الائتمان في الحياة الاقتصادية، فالائتمان العقاري مازال في كثير من البلاد عنصراً هاماً من عناصر اقتصادنا القومي، ومن المعلوم أن التأمين الذي يقرره المدين كالرهن التأميني مثلاً لا ينشأ إلا إذا كان العقار الذي يقدمه مملوكاً له، فتتظيم الائتمان العقاري يستلزم إذن أن

تكون هناك وسيلة من وسائل الشهر من شأنها أن تهيئ لمقاضي النقود سبيل للتأكد من ملكية المقترض للعقار الذي يقدمه ضماناً للقرض.

لكل ما سبق أوجب المشرع ضرورة تسجيل التصرفات التي تقع على العقارات لانتقال الملكية، فالملكية لا تنتقل لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل (مادة ٨٢٥ مدني). إذن فإن وسيلة العلم بالتصرفات التي ترد على العقار تتحقق من خلال الشهر أو التسجيل لتلك التصرفات، ولكن السؤال هو كيف يتم هذا التسجيل.

ثانياً. كيفية إجراء التسجيل

طريقان للتسجيل أو القيد:

وفقاً للمادة ٨٢٥ الفقرة الأولى مدني سوري فإنه "تكتسب الحقوق العينية العقارية وتنتقل بتسجيلها في السجل العقاري". إذاً في العقارات لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعي أحكام قانون السجل العقاري، وهذا القانون الأخير يوجب التسجيل كشرط لنقل الملكية. يتم تسجيل الحقوق العينية بإثبات التصرفات القانونية التي هي مصدر لها في سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من البيانات وأخذ شهادات بها - ويكون إثبات هذه التصرفات وهي إثبات حرفي للمحركات Transcriptions إما بطريقة التسجيل المشتملة على التصرفات حتى يتيسر لذي المصلحة معرفة ما ورد في التصرف، وهذه الطريقة ضرورية في الحقوق العينية الكاملة (الأصلية) وهي الملكية وما يتفرع عنه، وإما بطريقة القيد وتقتصر على إثبات البيانات الجوهرية الواردة في inscription التصرف، وهي البيانات التي تهم ذا المصلحة العلم بها، وإثباتها يكون في دفاتر السجل العقاري - وهذه الطريقة تتبع في تسجيل الحقوق العينية التبعية أي التأمينات العينية وهي الرهون وحقوق الاختصاص وحقوق الامتياز، ويكتفي فيها بإثبات ما يهم الغير

معرفة من مقدار الدين المضمون والعقار المثقل بالتأمين واسمي الدائن والمدين وما إلى ذلك من البيانات
الجوهرية . ٤ ١ ١

ثالثاً. نظم نقل الملكية العقارية

هناك نوعان للنظم المتبعة في نقل الملكية على العقار: نوع متأخر وهو نظام الشهر الشخصي، ونوع متقدم وهو نظام الشهر العيني أو السجل العقاري Livre foncier ويرجع الاختلاف بينهما إلى اختلاف الأساس التي يتم على أساسه تنظيم عملية الشهر، وهل يكون هذا الأساس هو الشخص أم هو العقار ذاته، فإذا كان الأول نكون بصدد الشهر الشخصي وإذا كان الثاني نكون بصدد الشهر العيني أو السجل العيني.

أ. نظام الشهر الشخصي

ظهر هذا النظام في فرنسا وطبقته مصر. وبموجبه يتم وضع سجل أو سجلات منظمة بأسماء المتصرفين ويُعد كل شخص محل اعتبار ولا يعتد بمواصفات العقار محل التعامل وإنما ينظر إلى الهوية الكاملة للأشخاص المالكين أو الذين تعاملوا فيه، وعليه فقد يتصرف أحد الأشخاص غير المالك الحقيقي للعقار بالبيع ويسجل هذا التصرف فيسجل هذا التصرف أيضاً باسمه، ويكون حينئذ لنفس العقار تصرفان مختلفان أو أكثر وعليه فقد تكثر في ظل هذا النظام عملية بيع ملك الغير. ووفقاً لنظام الشهر الشخصي تشهر المحررات التي تحمل المعاملات العقارية كما هي سواء كانت معيبة مزودة أو باطلة، فالمكلف بإدارة الشهر العقاري لا يتدخل بالتعدي على صحتها.

^١ السنهاوري: المرجع السابق، فقرة ٢٥٠، ص ٥٤٥ وما بعدها. جميل الشراوي: المرجع السابق، ١٥٧ - فقرة ٥٢، ص ١٥٦.

عيوب هذا النظام:

- مالك العقار عندما يقوم بالتصرف لا يمنح ضماناً كافياً للمتصرف إليه بثبوت حقه في ملكيته للعقار وهذا ما يعرضه لعدة منازعات قضائية، ويعرضه في أي وقت إلى زوال حقه الذي اكتسبه.
- عندما يريد المشتري أن يستفسر عن حالة العقار فلا بد من أن يبحث عن شخص المالك الحقيقي لهذا العقار من أجل التعرف على هويته الكاملة وهي عملية جد صعبة وشاقة.
- ونظراً لأنه يتم وفقاً لأسماء الأشخاص فيكون معيباً من ناحية الترتيب، ومن ناحية الحجية، فمن ناحية الترتيب نجد أن صاحب المصلحة لا يعرف من سجلاته إلا الشخص الذي تصرف في العقار ولا يفيد هذا حتماً في معرفة كل ما وقع على عقار معين من تصرفات. كما لو تصرف شخص غير مالك العقار الحقيقي فيه وسجل التصرف باسمه، ثم يتصرف المالك الحقيقي في العقار ويسجله باسمه، هنا يكون صاحب المصلحة أمام تصرفين أحدهما معيب والآخر صحيح. وهذا يشكل عيباً في نظام الشهر الشخصي، أما من ناحية الحجية فإن التصرفات التي تشهر في هذا.
- النظام لا يتحرى عادة عن صحتها، بل تشهر كما هي، فإذا كانت صحيحة بقيت صحيحة وإن كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقيت على حالتها معيبة أو مزورة، فالشهر وفقاً لهذا النظام لا يبطل عقداً صحيحاً ولا يصحح عقداً باطلاً بل هو طريق العلانية لمعرفة التصرف كما هو، وهذا النظام الشخصي للشهر يسود العالم اللاتيني، فهو النظام المتبع في فرنسا وفي بلجيكا وإيطاليا وفي كثير من البلاد اللاتينية .

^١ السنهوري: المرجع السابق، ص ٥٤٧.

ب. نظام الشهر العيني

(أول دولة عرفته أستراليا) وفي هذا النظام وعلى عكس نظام الشهر الشخصي، يقتصر الإشهار العقاري على بيانات العقار تقيد بهامش بطاقته العقارية جميع الحقوق الواردة عليه. ويضع هذا النظام سجل عيني يطلق عليه اسم السجل العقاري، ولا يتم إجراء الإشهار العقاري إلا بعد التحري عن صحة السند المراد إشهاره وفحص مدى استيفائه للشروط الشكلية والموضوعية، هذه الإجراءات خولها المشرع للجنة عمليات التحديد والتحرير من قبل الجهة التي يقع بدائرة اختصاصها العقار محل الشهر. وبهذا الخصوص تبنى المشرع السوري النظام العيني بالقرار رقم ١٨٨ الصادر عن المفوض السامي في ١٥/٣/١٩٢٦ استكمل فيما بعد بالقرار ٣٣٣٩ لعام ١٩٣٠ والذي عرف بقانون الملكية العقارية.

للإشارة فقد جعل المشرع الفرنسي من نظام الشهر العقاري نظاماً ذا طابع إداري.

نظام الشهر العيني أو السجل العقاري نظام محكم: فهو محكم من ناحية الترتيب ومن ناحية

الحجية:

من ناحية الترتيب فالتسجيل يتم وفقاً للعقار ذاته، فلكل عقار صحائف خاصة في السجل العقاري، ويثبت في هذه الصحيفة كل ما يقع على هذا العقار من التصرفات وما ينقله من الحقوق. فمن يرغب بالتعامل في العقار يمكنه الرجوع إلى السجل العقاري وأن يعرف حالة العقار على خير ما يمكن من الدقة حيث يعرف من هو مالكة والتصرفات التي وقعت منه في عقاره وما ينقله من الحقوق والتكاليف بدقة.

كما أن النظام محكم من ناحية الحجية فالتصرفات التي تسجل لا يتم قيدها إلا بعد التحري عن صحتها تحرياً بالغاً فيستقصى عن موقع العقار وحدوده ومساحته ثم عن أسماء من وقع منهم التصرف وعن أهليتهم، ثم عن التصرف نفسه هل صدر من مالك، وهل هو صحيح فيُسجل أو معيب فيمتنع، والنتيجة المترتبة على ذلك أن التصرف الذي يُسجل في السجل العقاري تكون له حجية كاملة، فالتسجيل

لا التصرف هو الذي ينقل الحق ومن هنا يكون لنظام الشهر العيني حجية كاملة، فهو يصح عيوب التصرف وهذه أهم ميزة للسجل العقاري.

ولكن يعيب نظام الشهر العيني ما يقتضيه من جهود ونفقات بالغة في مسح جميع الأراضي في الدولة قبل إدخالها في السجل، والتحقق من صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل أرض منها، لأن هذا التحقق لازم قبل إثباتها في السجلات إضافة إلى ما يقتضيه الأمر من دفع تعويضات لأصحاب الحقوق الثابتة حيث يدفع التعويض من رسوم الشهر ذاتها كما يزيد من صعوبة هذا النظام أن أغلب الملكية في سورية ملكيات صغيرة مفتتة. نظراً لك هذه الصعوبات فإن المشرع السوري لم يستطع الأخذ بهذا النظام مرة واحدة وإنما بدء في تطبيقه تدريجياً حيث بدء في مسح أراضي الدولة وتحديدّها وتحريرها وإدخالها في السجل العيني في بعض المناطق إلى حين الانتهاء من عملية المسح هذه.

مزايا الشهر العيني

١. نظام الشهر العيني يجعل من الملكية العقارية مستقرة وثابتة لأن إشهار السند العقاري يجعل الملكية على العقار ثابتة ومستقرة.
٢. ضبط حالة العقار واسم مال كـه بصفة صحيحة تمكن الدولة من إحكام مراقبتها على السوق العقارية وتحصيل الرسوم وفرض الضرائب على المالكين لفائدة الخزينة العمومية.
٣. البيانات الواردة في السجل العقاري المؤسس بعد إتمام عمليات التحديد والتحرير للأراضي تعد حجة على ما تضمنته وهي الحقيقة التي لا يكتنفها أي غموض.
٤. وجود الحق العيني العقاري لا يثبت إلا منذ تاريخ تسجيله.
٥. يُعد نظام الشهر العيني النظام الأمثل الذي يؤمن للمالك مما قد يعترضه من مضايقات على مزاوله حقوقه على عقار (كالاستعمال، الاستغلال، التصرف).

خصائص نظام الشهر العيني

١. قاعدة التخصيص: أي يخصص لكل متصرف وارد على عقار صحيفة عقارية عينية تُقيد فيها

جميع المعاملات الواردة وهذا ما جاء عليه القرار رقم ١٨٨ لعام ١٩٢٦ في سورية.

ومجموعة الصحائف العقارية تشكل ما يعرف بالسجل العقاري، وكل تغيير في حدود وحدة عقارية

يكون موضوع إحداث صحيفة عقارية مطابقة وذلك بعد ترقيم الوحدات الجديدة ويؤشر في الصحيفة

الأصلية والجديدة، تكون كمرجع فيما بينها.

٢. السجل العقاري مصدر الحق العيني: أي أن الحق ال عيني العقاري لا ينشئ ولا يعدل ولا

ينتقل ولا يحتج به أمام الغير إلا إذا أخضع لعملية القيد في السجل العقاري.

٣. حظر التقادم المكسب: إن العقارات التي شملتها عملية التحديد والتحرير للأراضي غير قابلة

للاكتساب بالتقادم على أساس أن عمليات التحديد والتحرير للأراضي يحدد صاحب العقار.

٤. السجل العقاري ناقل للملكية: يجب إفراغ جميع التصرفات الواردة على العقارات في سجل

خاص، والشكل في هذه الحالة يعود بفائدة على كل الأطراف المتعاقدة ويُعد حماية لهم مع بقاء الرضائية

أساس لانعقاد هذه العقود. فالنسبة للبائع يكون القالب الشكلي بمثابة تنبيه له على ما هو نقدم عليه ويُعد

السند العقاري دليلاً مادياً للمشتري يشهد له بموقع التصرف.

٥. إعلام المتعاملين بالعقارات: إن عملية الشهر تهدف أيضاً إلى إعلام الجميع بالمعاملات

العقارية الواردة على العقار.

رابعاً. موقف المشرع السوري من نظامي الشهر

العقاري

يُعَدُّ القرار (١٨٨) الصادر في عام ١٩٢٦م، والنّاطم للسّجلّ العقاريّ في سورية، من أقدم التّشريعات العقاريّة في العالم وأفضلها؛ نظراً لما يمتّع به من ميّزات وصفات قانونيّة متعدّدة. كما يشكل القرار (١٨٦) الصادر في عام ١٩٢٦م (قانون التّحديد والتّحرير)^(١) الأساس الذي أنشأ دائرة المساحة، وشكّل القاعدة التي هيأت لإنشاء السّجلّ العقاريّ، والذي يُفْتَحُ حكماً من قبل أمين السّجلّ العقاريّ في المنطقة العقاريّة، وذلك فور استلام محاضر التّحديد والتّحرير في أمانة السّجلّ العقاريّ^(٢).

تُستخدَم تسمية "السّجلّ العقاريّ" في الهيكل التّنظيميّ للمصالح العقاريّة (دائرة السّجلّ العقاريّ إلى جانب دائرة المساحة). ويشيع استعمال هذا المصطلح في اللّغة الدارجة، وذلك للإشارة إلى المنظومة الإداريّة من مديريات، ودوائر، ومكاتب، وشُعَب تتولّى شؤون التّسجيل العقاريّ. ويتميّز السّجلّ العقاريّ عن السّجلّ الشّخصيّ من حيث أنّهما نظامان مُختلفان لتسجيل التّصرّفات العقاريّة.

فلا يكون الشهر فيها على أساس أسماء الأشخاص الصادرة منهم تصرفات بل على أساس العقارات ذاتها، بمعنى أن السجل الذي يتم فيه لكل عقار من العقارات الواقعة في دائرة السجل العيني يثبت في أولها اسم مالكه وقت إنشاء السجل أو اسم أول متصرف إليه بعد إنشاء السجل ثم يثبت فيها بعد ذلك أولاً فأول كل ما يرد على هذا العقار من تصرفات واجبة الشهر، بحيث يمكن بمجرد الاطلاع

(١) - حيث أن أعمال التّحديد والتّحرير التي تتم على مرحلتين (فنية-قضائية) هي ذات نفع عام وممولة من الدولة، وتتم بواسطة القاضي العقاريّ وتحت إشرافه، وذلك ابتداءً من أعمال الفرقة المساحية على رقبة العقارات وصولاً للمرحلة القضائية وما ينجم عنها من قرارات قضائية مدونة ومثبتة على محاضر التّحديد والتّحرير.

(٢) - المادة رقم (٤) من القرار (١٨٨) لعام ١٩٢٦م.

على هذه الصفحة معرفة تاريخ تداول ملكية هذا العقار والملاك الذين تعاقبوا عليه منذ إنشاء السجل والتصرفات التي صدرت من كل منهم ومن هو المالك الأخير، وما إذا كانت ملكيته تامة وخالصة من الحقوق والتكاليف العينية أو غير ذلك .

من خلال استقراء وتحليل النصوص القانونية التي أوردها المشرع السوري للسجل العقاري، وإسقاط المبادئ التي سبق ذكرها على تلك النصوص، يتبين بأن المشرع السوري قد أخذ بمجموعة من المبادئ يُمكن حصرها فيما يلي.

1 . مبدأ العلنية المطلقة لقيود السجل العقاري: كرس المشرع السوري هذا المبدأ من خلال المادة (٩) من القرار رقم (١٨٨) لعام ١٩٢٦م، حيث نصت على أنه: " إن الحقوق العينية غير المنقولة المرخص بإنشائها في القانون والتقييدات العقارية والحجوز، وكذلك الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار، أو بمال غير منقول مسجل، يجب حتماً أن تُدوّن في الصحيفة المخصصة لكل عقار أو مال غير منقول في سجل الملكية، ولا تُعد موجودة تجاه الغير إلا بقيدها في السجل العقاري وابتداءً من تاريخ هذا القيد". كما نصت المادة (٥٤) من مشروع التشريع العقاري الموحد السوري على أنه " السجل العقاري علني للكافة، وكل من يكتسب حقاً عينياً يكون مطلعاً على الحقوق العينية والإشارات التحفظية المدونة في وقت سابق، ويتحمل كل ما ينجم عنها من آثار قانونية، ويعود للقضاء تحديد نوع هذا الأثر ومداه".

فلا يتحقق مبدأ العلنية إلا عن طريق تسجيل الحقوق العينية، وذلك بطريق قيدها في السجل العقاري، لتصبح هذه الحقوق حجة على الكافة من تاريخ قيدها في السجل العقاري.

2. مبدأ القُوَّة الثَّبوتِيَّة لقيود السِّجَل العقاري: نصَّ المُشرِّع السُّوري صراحةً على هذا المبدأ في المادَّة

(٨) من القرار رقم (١٨٨) لعام ١٩٢٦م، حيثُ جاء فيها أنَّه " يكون لشروحات السِّجَل العقاري، قُوَّة

إثباتيَّة، وتكون الوقائع والحقوق المذكورة فيه موثوقاً بها تجاه الأشخاص الآخرين".

وقد أورد المُشرِّع استثناءً من هذا المبدأ، وهي إشارة القيد المؤقت؛ حيثُ أجاز لكلِّ مَنْ يدَّعي حقاً

في عقارٍ سُجِّلَ في السِّجَل العقاري، أن يطلب وضع إشارة (قيد مؤقت) على صحيفة ذلك العقار، لأجل

حفظ حقِّه مؤقتاً، ريثما يقوم بتدارك الوثائق والأسناد اللازمة لتسجيل هذا الحقِّ على اسمه. إلا أنَّ هذا

الاستثناء لا يُؤخِّدُ على إطلاقه، فقد قيَّده القانون بمُدَّة مُحدَّدة حسب الحال^(٩).

3. مبدأ ديمومة قيود السِّجَل العقاري: يُلاحظ بأنَّ المُشرِّع السُّوري قد أخذ بمبدأ عدم سريان التَّقدم

على قيود السِّجَل العقاري من خلال المادَّة (١٩) من القرار رقم (١٨٨) ل عام ١٩٢٦ م، حيثُ بيَّنت بأنَّ

" مرور الزَّمن لا يُعترَض به على الحقوق المُسجَّلة في السِّجَل العقاري".

4. مبدأ المَرَجعيَّة العقاريَّة الواحدة: لم يَرِدْ ذكر هذا المبدأ ضمن المبادئ الَّتِي تحكم السِّجَل العقاري،

وكذلك لم ينصَّ عليه المُشرِّع السُّوري. إلا أنَّ ظهوره كان ضرورة اقتضتها حماية وحفظ المُلْكِيَّة العقاريَّة.

القرار رقم / ١٨٨ / لعام ١٩٢٦ المتضمن قانون السجل العقاري وتعديلاته، نبين أولاً بالمحررات

الواجب تسجيلها ثم إجراء السجل.

(٩) نصت المادة (٢٦) من القرار (١٨٨) لعام ١٩٢٦ على أنه " عندما يكون طلبُ تسجيل القيد المؤقت مستنداً إلى سند رسمي يبطل مفعوله بعد مضي عشرة أيام. أما إذا كان طلب تسجيل القيد المؤقت مستنداً إلى اتفاق الطرفين، يبطل مفعوله بانتهاء المدة المتفق عليها. وإذا كان طلب تسجيل القيد المؤقت مبنياً على إجازة من رئيس محكمة البداية يبطل مفعوله بعد مضي شهر إذا لم تقم الدعوى بشأنه ولم يدون ذلك خلال هذه المدة في السِّجَل العقاري. وفي جميع الاحوال يبطل مفعول القيد المؤقت إذا لم يجر التسجيل القطعي خلال مدة ستة أشهر الَّتِي تلي القيد المؤقت.

خامساً. حكم عقد البيع قبل تسجيله

أ. أثر عقد البيع غير المسجل

يسمى عقد البيع قبل تسجيله بعقد البيع الابتدائي وذلك مقابلة بعقد البيع بعد تسجيله فيعرف بالبيع النهائي، فعقد البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين أنفسهم، فإذا لم يسجل عقد البيع الوارد على حقوق عينية عقارية فإن هذه الحقوق لا تنتقل إلى المشتري، بمعنى أن البائع يظل مالكا للشيء المبيع ولكن ذلك لا يعنى أن البيع غير المسجل لا ينتج أي أثر، بل إن البيع غير مسجل تترتب عليه سائر آثار البيع فيما عدا نقل الملكية، فالبائع يلتزم بمجرد اتمام العقد (أي في البيع الابتدائي) بتسليم المبيع وبضمان تعرضه الشخصي وضمان تعرض الغير وضمان العيوب الخفية، ويلتزم المشتري بالوفاء بالثمن إلى البائع أي أن البيع غير مسجل، البيع الابتدائي، ويترتب عليه كل تلك الالتزامات أو الحقوق الشخصية كما يترتب على البيع غير المسجل التزام البائع بأن يقوم بما هو ضروري لتمكين المشتري من التسجيل بأن يقدم المستندات اللازمة لنقل الملكية والتوقيع على العقد أمام موظف السجل العقاري، مثل تقديم مستندات الملكية، وإذا توفي البائع قبل إتمام إجراءات التسجيل التزم ورثته بإتمام تلك الإجراءات التي على مورثهم إتمامها.

اشتراط التسجيل لنقل الملكية لا يجعل البيع عقد شكلي: يترتب على ما سبق أن التسجيل شرط

لانتقال الملكية، ولا يعد التسجيل ركنا في عقد البيع، أي إنه ليس ركنا في عقد البيع وإنما يظل عقد البيع غير المسجل عقد رضائيا. وقد قضت محكمة النقض السورية بأن وصف العقد بأنه ابتدائي لا يحول دون

^١ انظر السنهاوري: البيع، السابق، رقم ٤٠، ص ١٠٣.

اعتبار البيع باتا لازما متى دلت صيغته على التزام طرفيه بالوفاء بما التزما به على وجه قطعي لا يقبل العدول. فالبيع غير المسجل لا يزال من عقود التراضي وينتج جميع آثار البيع عدا نقل الملكية بالفعل فاشتراط تسجيل التصرف لا يخرج عن طبيعته ولا يغير من انجازه .^١

ب. أثر تسجيل عقد البيع

رتب المشرع على عدم تسجيل عقد البيع عدم انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، فإذا ما سجل المشتري عقد البيع بإتباع إجراءات التسجيل التي وضحها المشرع في قانون السجل العقاري رقم ١٨٨ لعام ١٩٢٦، فإن الأثر الذي يترتب على إجراء التسجيل هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري ولذا يكون من مصلحة المشتري القيام بالتسجيل حتى تنتقل إليه الملكية حتى يكون في مأمن من قيام البائع بالتصرف في العقار المبيع إلى مشتر آخر يقوم بتسجيله قبل المشتري الأول، لأنه إذا ما حدث ذلك فإن الأولوية ستكون للمشتري الثاني الذي سبق إلى تسجيل عقده قبل المشتري الأول، وتنتقل الملكية للمشتري الثاني عند المفاضلة، وستكون له الأولوية إنَّهُ بادر إلى إتباع ما أوجبه المشرع من التسجيل، ويقتصر حق المشتري الأول الذي لم يسجل أو تأخر في التسجيل على المطالبة بالتعويض.

وقد أكدت محكمة النقض هذا الأثر المترتب على التسجيل حيث قضت بأنه لا تنتقل الملكية في المواد العقارية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها، فإذا كان الثابت أن المشتريين

^١ نقض مدني ١٣ نيسان ١٩٨٨ طعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ قضائية.

من مصلحة الملاك لم يسجلا عقدهما فإن العين محل التعاقد تكون باقية على ذمة المصلحة البائعة فإذا خضعت للمنفعة العامة فإن تخصيصها يكون قد ورد على مال من أموال الدولة وليس على مال مملوك لأحد الأفراد وبالتالي تصبح من الأموال العامة التي لا يجوز التصرف فيها.

ويشترط لإنتاج التسجيل أثره بنقل الملكية أن يكون البيع صحيحاً، فإذا لم يكن البيع صحيحاً بأنه كان باطلاً لأي سبب من الأسباب، فإنه لا يصلح في حد ذاته لكي تنتقل به الملكية لأنه وفقاً لنظام قانون السجل العقاري، كما سبق بيانه يجب أن يكون التصرف المراد شهره صحيحاً حيث نظام الشهر الشخصي لا يصلح العقد الباطل أو القابل للإبطال بعكس نظام الشهر العيني فإذا كان البيع باطلاً فإن تسجيله لا نقل الملكية إلى المشتري، وكذلك لو كان البيع قابلاً للإبطال، بل إنه يجوز لمن شرع البطلان لمصلحته وحده أن يتمسك به ولو سجل العقد متى كان قابلاً للإبطال لعيب في الإدارة أو لنقص في أهلية البائع أو المشتري، وهذا ما أكدته محكمة النقض حيث قضت بأن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا إذا كان البائع مالكاً لما باعه قائلة لئن كان صحيحاً أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا إذا كان البائع مالكاً لما باعه إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري وحده ولا يسرى في حق المالك الحقيقي ولهذا المالك أن يقر البيع في أي وقت فيسرى عندئذ في حقه وينقلب صحيحاً في حق المشتري، كما ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكيته المبيع إلى البائع بعد صدور العقد.

كما يجب أن يكون البيع جدياً حتى ينتج التسجيل أثره فإذا كان العقد سورياً فإنه لا يترتب على تسجيله نقل الملكية لأن عقد البيع السوري لا وجود له قانوناً ولا محل للمفاضلة بينه وبين عقد آخر وقضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد البيع موضوع النزاع سورياً سورياً مطلقة قوامه الغش والتدليس لا يكون له وجود قانوناً فتسجيله وعدمه سواء.

وجوب إثبات أصل ملكية البائع لقبول تسجيل عقد البيع: يقتضي قبول طلب تسجيل المحرر

إثبات أصل ملكية البائع أو المتصرف ولا يقبل في الإثبات إلا أوراق معينة منصوص عليها في قانون السجل العقاري والتوثيق رقم ١٨٨ لعام ١٩٢٦.

كما إنَّه يترتب على التسجيل لعقد البيع نقل ملكية المبيع سواء بالنسبة للغير أم بالنسبة للمتعاقدين ولكن يشترط أن يكون البائع مالكا للمبيع وأن يكون عقد البيع صحيحا وجديا وليس سوريا كما يجب بدهاثة أثبات أصل ملكية البائع للمبيع وأن التسجيل للعقد لا يمنع طلب الحكم ببطلان البيع أو بفسخه أو بصوريته وبالتالي عدم انتقال الملكية إلى المشتري مع مراعاة حقوق الغير حسن النية إذا ما قضى بذلك على النحو الذي سنتناوله، ولكن السؤال الذي يبحث عن إجابة هو أما وقد علق المشرع انتقال الملكية على التسجيل في الوقت الذي توجد فيه فترة فاصلة ما بين إبرام العقد وإتمام التسجيل فهل للتسجيل أثر رجعي أم أن أثره يكون فقط من تاريخ إتمامه.

ليس للتسجيل أثر رجعي: للإجابة عن السؤال السابق فإن ثمة خلاف حيث ذهب بعض الفقه على

أن للتسجيل أثر رجعي يترد إلى تاريخ إبرام العقد لكن الرأي الراجح والغالب في الفقه وهو ما أخذت^٢ به محكمة النقض السورية هو إنَّه ليس للتسجيل أثر رجعي حيث قررت محكمة النقض في ظل قانون التسجيل رقم ١٨٦ (١٩٢٤) أن المشرع أنما قصد في قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد، فليس التسجيل بمثابة شرط واقف ينسحب بتحقيقه أثر العقد إلى يوم تاريخه، ولا يُعد

^١ الرأي العارض يتمثل في رأي الأستاذ عبد السلام ذهني في كتابه، الأموال جزء ٢ فقرة رقم ٦٢٧ ومقاله في مجلة المحاماة ٦ ص ٦٠٧، ٦٠٦، ورأي الأستاذ. الدكتور السنهوري: الوسيط، عقد البيع، ج ٤، رقم ٢٨٣، ص ٦٦٧ وما بعدها.

^٢ سليمان مرقس: المرجع السابق رقم ١٧٠، ص ٤٠٦، عبد المنعم البدراني: المرجع السابق، رقم ١٢٢، ص ٢٠٧، محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية ١٩٨١، رقم ٨١، ص ١١٥، محمد علي عمران: الوجيز في عقد البيع، مكتبة سعيد رأفت، ١٩٨٣ / رقم ٨٣، ص ١٨٥، سمير تناغو: عقد البيع، منشأة المعارف بالإسكندرية، رقم ٤٦، ص ٢

المشتري مالكاً إلا من يوم تسجيل عقد شرائه وهو ما أكدته المحكمة أيضاً في ظل القانون الحالي (ق ١٨٨ لسنة ١٩٢٦) فقد قالت المحكمة أن التسجيل لا يترتب عليه أثر إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو أي حق عيني آخر على عقار أو نقله، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي ولا يحتج على ذلك بأن القانون ١٨٨ لسنة ٢٦ الخاص بالسجل العقاري أجاز تسجيل دعاوى تثبيت البيع على حقوق عينية عقارية، ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، لأن تقرير هذا الأثر ورد على سبيل الاستثناء لحماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى، وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه.

الخلاصة أن الرأي الغالب في الفقه والقضاء هو إنَّه ليس للتسجيل أثر رجعي، ولكن هناك فرض تزامم المشتريين من بائع واحد، أي فرصة قيام البائع بالبيع لأكثر من مشتر واحد وقيامهم بالتسجيل فيما هو حكم تزامم المشتريين وأيهما يفضل؟ التسجيل في حالة تعدد البيوع:

١ (حالة تعدد البيوع الصادرة من مالك واحد لغيره بأسبقية التسجيل .

سبق أن قلنا إن الملكية تنتقل بالنسبة للمشتري من وقت التسجيل، وفي حالة تعدد البيوع وقيام أكثر من مشتر واحد بتسجيل عقد بيعه فإن الأفضلية تكون لمن سبق غيره في تسجيل عقده بمعنى إنَّه عند تسجيل عقده، يلاحظ أن التزامم بين المشتريين لا يتصور وقوعه إلا إذا كان البيع قد صدر لهم جميعاً من مالك العقار، أما إذا صدر بيع لأحدهم من مالك العقار وصدر بيع لآخر من غير المالك، فإن الأفضلية

^١ نقض مدني عام ١٩٤٦، مجموعة القواعد القانونية، ج. ٥، رقم ١١٢ / ١١ / ٤

^١ نقض مدني ١٢ / ٢٤، مجموعة أحكام النقض، ٥٧، ٣٢٩، ٢٤

تكون للمشتري من المالك ولو تأخر في تسجيل عقده وليس ذلك إلا تفسيرا لما سبق وبحثناه، إنَّه يشترط لإنتاج التسجيل أثره أن يكون البائع مالكاً وعقد البيع يكون صحيحاً وجدياً.

(2) حالة التعدد من بائعين مختلفين تكون المفاضلة لمن تلقى الحق من مالكة:

كما إذا باع [أ] إلى [ب] عقارا وقبل أن يسجل هذا البيع، وباع [ب] نفس العقار إلى [ج] فلا يكفي لانتقال الملكية إلى [ج] أن يسجل عقد البيع الأخير الصادر له من [ب] بل يجب تسجيل البيع الأول الصادر من [أ] إلى [ب] أولاً، وبعد ذلك يسجل البيع الثاني الصادر إلى [ج] بمعنى إنَّه إذا اشترى شخص عقاراً ولم يسجل عقده ثم باع هذا العقار فلا يجوز للمشتري الثاني أن يسجل عقده أو إنَّه يطلب الحكم له بصحة ونفاذ هذا العقد تمهيدا لتسجيله، والدليل على ذلك ما جاء عليه قانون السجل العقاري رقم ١٨٨ لعام ١٩٢٦ حيث نصت المادة التاسعة منه على ان لا تقبل من العقود والوثائق فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني إلا الوثائق التي سبق تسجيلها أي يشترط لقيود البيع الثاني في المثال السابق أن يكون البيع الأول مسجلاً وإذا تم التسجيل في يوم واحد تكون الأسبقية برقم التسجيل وإذا تم التسجيل في يوم واحد وساعة واحدة تكون العبرة في المفاضلة بأسبقية رقم التسجيل لصحيفة الدعوى ، ويلاحظ إنَّه عند التزاحم والتفضيل للأسبق في التسجيل تنتقل الملكية إليه، ويبقى للمشتريين الحق في طلب التعويض تطبيقاً لقواعد التنفيذ بمقابل ولكن ما الحكم في حالة امتناع البائع أو ورثته عن القيام بما يلزم لنقل الحق المبيع.

لكن هل يشترط للاعتداد بأسبقية التسجيل ألا يكون المتصرف إليه سيئ النية هذا ما ننقل إليه. شرط حسن النية في ظل القانون المدني وقانون التسجيل العقاري.

^١ قالت محكمة النقض أن السابق واللاحق في التسجيل يتعين حتماً - إن تما في يوم واحد بأسبقية رقم التسجيل في دفتر الشهر نقض ١٩٧٦ / ٣ / ١، الموسوعة الذهبية، رقم ١١٢٧، ص ٥.

^١ نقض مدني ١٥ / ٥ / ١٩٥٨، الموسوعة الذهبية، رقم ١١١٩، ص ٥٨٨.

القاعدة عند تزامم المشتريين فإنَّه يفضل الأسبق في التسجيل وفق ما سبق بيانه ولكن هل يشترط التمسك بأسبقية التسجيل حسن النية أي حسن نية من يتمسك بأسبقيته في التسجيل، أثارت هذه المسألة جدلاً لدى الفقه والقضاء واختلف الحكم على أساس التمييز في الأفضلية فيما إذا كان المشتري الذي قام بالتسجيل حسن النية.

فذهب رأي أول إلى اشتراط حسن نية المشتري الذي يتمسك بأسبقية التسجيل ، وذهب رأي ثاني إلى إنَّه لا يشترط حسن النية للتمسك بأسبقية التسجيل وإنما فقط التواطؤ وحده هو الذي يحول دون التمسك بأسبقية التسجيل بمعنى أن التواطؤ بين البائع والمشتري الثاني بقصد الإضرار بالمشتري الأول هو وحده الذي يحول دون التمسك بالأسبقية في التسجيل.

بينما ذهب الرأي الثالث وهو الرأي الراجح والمعمول به إلى إنَّه لا يشترط حسن النية بأسبقية التسجيل، بمعنى أن المشتري الثاني يستطيع التمسك بأسبقية التسجيل حتى ولو كان عالماً بسبق تصرف البائع له إلى مشتر آخر، بل أن للمشتري الثاني هذا الحق. ولو كان قد تواطأ مع البائع بقصد الإضرار بالمشتري الأول.

ويستند أنصار هذا الرأي إلى إنَّه يساعد على استقرار الملكية العقارية وحسم الكثير من المنازعات وأن هذا هو ما يتفق مع الاتجاه الذي يتجه المشرع نحوه هو الأخذ بنظام السجل العيني وما يؤدي إليه من جعل انتقال الملكية بالتسجيل يُعد وحده مستقلاً عن التصرف الذي أنشأ الالتزام بنقل الملكية، ومن شأن التسجيل تصحيح التصرف الباطل على النحو الذي سبق تفصيله في صدد نظام الشهر.

^١ توفيق حسن فرج: عقد البيع والمقايضة، ١٩٦٩، فقرة ١٢٨، ص ٢١٣، جمال الدين زكي: رسالته عن حسن النية في اكتساب الحقوق، رقم ٣٣٤، ص ٣٤٠.

^١ عبد الفتاح عبد الباقي: محاضرات في العقود، الجزء الثاني في البيع، ١٩٥٦، فقرة رقم ١٠٥، ص ١٦٩، السنهوري: المرجع السابق، فقرة ٢٩٠، ص ٦٩٥ وما بعدها.

في قانون السجل العقاري رقم ١٨٨ والذي صدر ليعمل به ابتداء منذ العام ١٩٢٦، اشترط التسجيل لنقل الملكية سواء بالنسبة للغير أم بالنسبة للمتعاقدين أنفسهم.

حيث نصت المادة ٨ من القرار ١٨٨ لعام ١٩٢٦ على أن جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلة أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب قيدها بطريقة التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن إذن تبني قانون السجل العقاري ضرورة التسجيل لنقل الحق العقاري سواء فيما بين المتعاقدين أنفسهم وبالنسبة للغير.

كذلك أوجبت المادة ٩ منه التأشير في هامش السجل بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال، كما يجب تسجيل دعاوى تثبيت البيع على حقوق عقارية.

كما يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤثر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تسجيل الدعاوى أو التأشير بها، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة ولا يسري هذا الحكم على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول.

المطلب الثالث. التزام البائع بالقيام بالإجراءات اللازمة

لنقل الملكية

سبق أن قلنا أن البائع يلتزم بالقيام بالإجراءات اللازمة لنقل ملكية المبيع للمشتري، فقد جعل قانون السجل العقاري رقم ١٨٨ لعام ١٩٢٦ الالتزام بنقل ملكية عقار لا يتم تنفيذه إلا بتسجيل التصرف المنشئ لهذا الالتزام، ويقتضى التسجيل تعاون البائع مع المشتري في بعض الإجراءات اللازمة وأهمها جميعاً توقيع عقد على ورق من نوع خاص أمام موثق أو موظف مختص بالتصديق على التوقيعات وذلك بعد اعتماد مشروع العقد من مصلحة المساحة وتأشيره عليه بصلاحيته للقيد، فإذا قام البائع بهذه الإجراءات طوعية واختياراً منه بناء على طلب المشتري بالطبع برئت ذمته من التزامه بنقل الملكية وانتقلت بالفعل إلى المشتري بمجرد تسجيل عقده.

لكن الأمور لا تسير دائماً على هذا النحو إذا يتأخر أو يمتنع البائع عن القيام بتلك الإجراءات، فإذا امتنع البائع عن توقيع المحرر الصالح للتسجيل أمام موظف مختص كان للمشتري وفقاً للقواعد اللجوء للتنفيذ العيني الجبري طالما بقي ذلك ممكناً، وإذا تعذر التنفيذ العيني على النحو السابق يكون للمشتري طلب التنفيذ بمقابل، ويكون أيضاً التمسك بتطبيق الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد الابتدائي، ووفقاً للمادة ٢٠٩ مدني إنّه في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام، فإن وسيلة المشتري إلى التنفيذ التزام البائع بما هو ضروري إجراء التسجيل عوضاً عن مثول البائع أمام الموظف المختص للتوقيع والتصديق، يكون ذلك باللجوء للمحكمة المختصة وأخذ الحكم بثبوت التعاقد ثم تسجيل هذا الحكم، وهذه الوسيلة تكون برفع دعوى على البائع بطلب الحكم بصحة ونفاذ

البيع أو بطلب الحكم بصحة توقيعه على عقد البيع، ولذا سوف نبين أولاً دعوى التعاقد ثم دعوى صحة التوقيع ثانياً.

الفقرة الأولى. دعوى تثبيت البيع

إذا تقاعس البائع عن معاونه المشتري في إجراءات تسجيل المبيع على نحو ما سبق بيانه، فإن المشرع قد وضع أمام المشتري وسيلة يستطيع من خلالها القيام بتسجيل عقد البيع الابتدائي الذي بيده، وهي تتمثل في رفع دعوى تثبيت البيع أو دعوى صحة ونفاذ البيع، وهي دعوى يرفعها المشتري بعقد غير مسجل يطلب فيها الحكم بصحة العقد وثبوته وبنفاذه. في هذه الدعوى يكون البيع غير مكتوب أصلاً (أي تم البيع مشافهة) أو يكون العقد مكتوب على ورقة عرفية لأنه لو كان مكتوباً في ورقة رسمية فلا حاجة للمشتري برفع دعوى تثبيت البيع لأن الورقة الرسمية قابلة للتسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع، وذلك ما لم يتمتع البائع عن تقديم المستندات التي تثبت أصل ملكيته، ووفقاً لمحكمة النقض بقصد دعوى تثبيت البيع تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري بالحصول على حكم يقوم تسجيله مقام التوقيع على العقد النهائي . وكذلك فإن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هي دعوى^١ استحقاق مالا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية ، إذن فالمشتري الذي يحصل على حكم بصحة ونفاذ البيع يقوم بتسجيل هذا الحكم يقوم تسجيل هذا الحكم مقام تسجيل العقد في نقل الملكية إليه.

^١ الطعن رقم ٥٣٠ عام ١٩٩٣، مجلة المحامون رقم ١٠ لعام ١٩٩٤، جلسة ١٣/٤/١٩٩٣.

^٢ الطعن رقم ١٩٢٨ عام ١٩٩٣، مجلة المحامون رقم ١١ لعام ١٩٩٤، جلسة ٦/٢٩/١٩٩٣.

ولهذا فإن المشتري لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر في الدعوى ممكنين، وأن الحكم الذي يصدر صدر ضد البائع متعلقا بالعقار المبيع يُعد حجة على المشتري الذي لم يسجل عقد شرائه وذلك على أساس أن المشتري يُعد ممثلاً في شخص البائع له في تلك الدعوى المقامة ضده إذا إنَّه يُعد خلف له .

أولاً. تسجيل دعوى تثبيت البيع في صحيفة العقار

وإذا ما سجل المشتري الحكم الصادر بصحة ونفاذ البيع فإن الملكية تنتقل إليه بعد التسجيل يكون للمشتري الاحتجاج بنقل الملكية في مواجهة الجميع منذ تسجيل الحكم، ولكن يلاحظ أن الاعتداد بوقت تسجيل الحكم في تحديد الوقت الذي تنتقل فيه الملكية إلى المشتري يعرضه لمخاطر كبيرة، فقد يبيع البائع العقار مرة أخرى لمشتري آخر أو إنَّه يرتب عليه أي حق عيني ويقوم المشتري الثاني بشهر حقه قبل صدور الحكم في دعوى تثبيت البيع التي رفعها المشتري الأول، ففي هذه الحالة تكون الأفضلية والأولوية للمشتري الثاني إعمالاً لقاعدة الأفضلية للأسبق في التسجيل عند التعدد، ففي تطبيق هذه القاعدة ظلم فادح بالمشتري الأول الذي بادر برفع دعوى تثبيت البيع إزاء تقاعس أو رفض البائع وليس له ذنب في تأخير الفصل في الدعوى وصدور الحكم فيها من أجل هذا ومن أجل تقاضى هذه النتيجة السلبية جاء في القرار ١٨٨ الناظم للسجل العقاري إنَّه يتم تسجيل دعوى تثبيت البيع في صحيفة العقار، أي يقوم المشتري بتسجيل صحيفة الدعوى بعد رفعها وعند صدور الحكم فيها لمصلحة المشتري يسجل هذا الحكم وذلك بالتأشير بالحكم على هامش تسجيل صحيفة دعوى تثبيت البيع التي سبق تسجيلها، وهنا تنتقل الملكية للمشتري، ويُعد التسجيل حجة في نقل المبيع، من يوم تسجيل دعوى تثبيت البيع في صحيفة

^١ نقض رقم ١٢/١٢/١٩٧٦، الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٤٣ ق، س ٢٧، ص ١٨٠١/١٢.

العقار لا من يوم تسجيل الحكم حماية للمشتري ورداً للظلم عنه. أي إنَّه يترتب على تسجيل دعوى تثبيت البيع أو التأشير بها أن حق المدعي إذا ما تقدم بحكم مؤثر به طبقاً لأحكام القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها.

ثانياً. خصائص دعوى تثبيت البيع

دعوى تثبيت البيع دعوى شخصية عقارية، تُعدُّ دعوى تثبيت البيع دعوى شخصية لأن المشتري يرفعها بمقتضى ما له من حق ناشئ عن البيع غير المسجل، وهو حق شخصي، والمشتري يهدف من ورائها الحصول على ملكية عقار، ولهذا فهي توصف بأنها دعوى شخصية عقارية. ذلك لأن الدعاوى التي تستند إلى حق شخصي ويطلب بها تقدير حق عيني على عقار أو اكتساب هذا الحق، ومنها الدعاوى التي يرفعها المشتري بعقد غير مسجل ويطلب فيها الحكم على البائع بتثبيت البيع، كما أن الاختصاص بنظر هذه الدعاوى يعود لمحكمة العقار إلى جانب محكمة موطن لمدعى وذلك لما تتمتع به هذه الدعاوى من طبيعة مزدوجة في تكوينها.

أ. دعوى تثبيت البيع دعوى موضوعية

المقرر أن دعوى صحة ونفاذ العقد هي دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وهي تستلزم أن تكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام العقد في نقلها.

ويقتضي ذلك أن تبحث المحكمة فيها موضوع العقد وصحة البيع وتتحقق من استيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ويتسع نطاقها لكل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه وبصحته أو بطلانه ومنه إنَّه صوري صورية مطلقة، فمن شأن هذه الصورية أن صحت أن ينعدم بها وجود العقد

قانوناً وهو ما يحول دون الحكم بصحته ونفاذه. أذن فكونها دعوى موضوعية يعنى أنها تنصب على حقيقة البيع فنتناول محله ومداه ونفاذه والفصل في أمر صحة العقد على النحو السابق.

ب. دعوى تثبيت البيع دعوى استحقاق حالاً

أوجب القانون رقم ١٨٨ المتعلق بتنظيم السجل العقاري في سورية تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال، وقد اعتبرت محكمة النقض دعوى تثبيت البيع دعوى استحقاق حالاً يقصد بها تنفيذ التزامات البائع والحصول على حكم يقوم بتسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية .

ثالثاً. نطاق دعوى تثبيت البيع

يتمثل موضوع دعوى تثبيت البيع الأصلي بالمطالبة بتنفيذ التزام البائع بنقل الملكية على أساس عقد البيع الصادر منه، ويقتضى الحكم بذلك التعرض للعقد من حيث وجوده وصحة نفاذه، فلا يقضى بتنفيذ الالتزام إلا إذا نشأ عن عقد موجود وصحيح ونافذ ولذا فإن كل ما يتعلق بوجود العقد أو نفاذه وصحته من منازعات يدخل في موضوع الدعوى ويتحتم على القاضي النظر فيها وهذا ما أكدته محكمة النقض صراحة وكذلك تبحث ما عسى أن يثار فيها من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه وأن طلب تثبيت البيع ونفاذه وطلب بطلانه وجهان متقابلان لشيء واحد متصلان اتصالاً فعلياً، والقضاء يتثبت من صحة العقد مفاده إنَّه عقد غير باطل، ويكتسب قوة الأمر المقضي، وهذا يعنى أن سلطة المحكمة تمتد لبحث استيفاء شروط العقد أو صحته وكذلك بحث صورية العقد.

^١ الطعن رقم ١٦٨٨ لسنة ٧٥ ق. جلسة ١/١٩٨٩/٦ ج ١، ص ٢٣٥ وما بعدها، الطعن رقم ٧٨١ لسنة ٥٨ ق.

^١ نقض ١١/٤، ١٩٨٩، الطعن رقم ١٤٢٤ لسنة ٥٤ ق.

ويدخل في موضوع دعوى تثبيت البيع الفصل في أمر وفاء المشتري بالتزاماته وخاصة الالتزام بدفع الثمن فقد رفضت محكمة النقض دعوى تثبيت البيع وعدتها غير مقبولة لعدم وفاء المشتري بالثمن ولكن المحكمة لا تلزم بالتحقيق من الوفاء بالثمن ما لم يدفع به أمامها والخلاصة أن صدور الحكم لمصلحة المشتري في دعوى تثبيت البيع يعنى أن المحكمة تحققت من صحة عقد البيع ومداه ونفاذه وأن الحكم الذي يصدر فيها يكون مقرراً لكافة ما انعقد عليه الرضاء بين المتعاقدين بغير حاجة معه إلى الرجوع إلى المحرر الذي أثبت فيه التعاقد أولاً، وفقاً لما قرره محكمة النقض.

وبعد صدور الحكم لصالح المشتري فإنه يقوم بالتأشير بالحكم على هامش تسجيل صحيفة دعوى تثبيت البيع طبقاً للقانون ويترتب على ذلك نقل الملكية للمشتري ويكون حقه حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها.

ويلاحظ إنَّه لا يترتب على التسجيل أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو أي حق عيني آخر على عقار أو نقله، حيث أن القانون ١٨٨ لعام ١٩٢٦ المتعلق بتنظيم السجل العقاري قد أجاز تسجيل دعاوى تثبيت البيع المتضمنة حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها طبقاً للقانون، وانسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، والمقصود من ذلك حماية أصحاب هذه الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد التسجيل، ولم تقصد أن يرتب على مجرد تسجيل دعوى تثبيت البيع انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذي يقرر حق المدعى فيها، إذن الاحتجاج بحق المشتري على كل ترتبت لهم حقوق عينية بعد تاريخ تسجيل الدعوى لا يتحقق إلا بالتأشير بالحكم الصادر فيها على هامش التسجيل الأصلي، ومادام هذا التأشير لم يتم فليس للمشتري أن يحتج بحقه ولو في مواجهة الأشخاص الذين ترتبت حقوقهم بعد

تسجيل تثبيت البيع وإذا حدث أن سجل مشتريان لنفس العقار دعواهما بصحة ونفاذ البيع وصدر لكل^١ منهما حكم في دعواه فضل منهما من سبق في تسجيل صحيفة دعواه بشرط أن يكون قد شهر الحكم الصادر .

الفقرة الثانية. دعوى صحة التوقيع

يوجد بخلاف دعوى تثبيت البيع السابق ذكرها، دعوى أخرى ابتكرها الجانب العملي لحماية المشتري في مواجهة البائع الذي يستكف عن معاونته المشتري بالقيام بالإجراءات اللازمة لتسجيل عقد البيع كالذهاب إلى مديرية السجل العقاري للتصديق على توقيعه تمهيداً للتسجيل، في هذه الحالة قد لا يفضل المشتري اللجوء لدعوى تثبيت البيع لسبب أو لآخر نظراً لمصاريف تلك الدعوى أو لما يثور فيها من بحث صحة العقد ونفاذه أو أوجه بطلانه أو انعدامه، فيفضل اللجوء لدعوى أقل سهولة ويسراً ونفقة تعرف بدعوى صحة التوقيع، وتعرف الدعوى في قانون أصول المحاكمات المدنية من حيث قيمتها في المادة ٥٨ "تقدر قيمة دعاوى صحة التوقيع ودعاوى التزوير الأصلية بقيمة الحق المثبت في الورقة المطلوب الحكم بصحة التوقيع عليها أو بتزويرها". وتنظمها المادة ٣٩ من قانون البينات، فالمادة ٣٩ تنص على إنه "يجوز لمن بيده ورقة أو سند عادي أن يختصم من ينسب إليه السند أو الورقة ليقر إنه قد حصل بخطه أو بتوقيعه أو بختمه أو ببصمة إصبعه، ولو كان الالتزام الوارد فيه غير مستحق الأداء، ويكون ذلك بدعوى أصلية. فإذا حضر المدعى عليه وأقر، تثبت المحكمة إقراره وتكون جميع المصاريف على المدعي. ويُعد السند أو الورقة معترفاً به إذا سكّت المدعى عليه أو ينكره أو لم ينسبه لسواه. وإذا لم

^١ نقض ١٩٥٧/٦/١٣، مجموعة أحكام النقض المدني ٥٧٦، ٦٤، ٧.

^١ نقض ١٩٩٥/٥/١٥، مجموعة أحكام النقض المدني ١٥٤، ٥٩، ٩.

يحضر المدعى عليه. تحكم المحكمة في غيبته بصحة الخط أو التوقيع أو الختم أو البصمة، ويجوز الاعتراض على هذا الحكم في جميع الأحوال. أما إذا أنكر المدعى عليه الخط أو التوقيع أو الختم أو البصمة فيجري التطبيق وفقاً للقواعد المتقدمة".

وبتطبيق ذلك على دعوى صحة التوقيع، نجد إنَّه يجوز للمشتري أن يختصم البائع ليقر أن الورقة العرفية هي بإمضائه أو بختمه أو ببصمة إصبعه، ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة، فإذا حضر البائع وأقر أو سكت أو لم ينكر توقيعه أو لم ينسبه إلى سواه اعتبرته المحكمة مقراً بتوقيعه على ورقة البيع، حكمت المحكمة بدون حضوره بصحة التوقيع ويجوز له أن يعارض في هذا الحكم في جميع الأحوال وأما إذا حضر البائع وأنكر التوقيع أو نسبه إلى سواه تتخذ المحكمة الإجراءات التي رسمها قانون الإثبات للتحقق من التوقيع، فإن أثبت التحقيق أو البائع أقر بصحة توقيعه، اعتبرت ورقة البيع العرفية والحكم بصحة التوقيع بمثابة عقد بيع مصدق فيه على التوقيعات، يقوم المشتري بعد ذلك بتسجيلها مع المستندات التي تثبت أصل ملكية البائع، وإذا ما فعل ذلك انتقلت إليه ملكية المبيع.

يظهر من ذلك أن الحكم بصحة التوقيع على عقد البيع أو البصمة تقتصر على مجرد إثبات أن التوقيع الموضوع على عقد البيع إنما هو توقيع البائع، ولا يمتد إلى مسألة تثبيت البيع ونفاذه، ولا يجوز للبائع بعد ثبوت صحة توقيعه الطعن في البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال أو الفسخ أو هناك محلاً لفسخه أو إنَّه غير نافذ لأي سبب من الأسباب لأن كل هذه المسائل لا شأن لدعوى صحة التوقيع بها وإنما محل بحثها هو دعوى تثبيت البيع، لأن الغرض من تنظيم دعوى صحة التوقيع ليس إلا منح من يكون بيده سند عرفي وسيلة تحفظية يصل بها إلى الموقع على السند الذي تحت يده لن يستطيع بعد صدور الحكم بصحة توقيعه أن ينازع في صحة هذا التوقيع ، وهذا أكدته محكمة النقض في أحكامها

^١ حكم شهير لمحكمة النقض ٢٣، ١/٢ / ١٩٣٩، مجموعة عمر، ج ٢، رقم ١٦٧، ص ٥١٢.

الحديثه حيث قالت أن دعوى صحة التوقيع ليست إلا دعوى تحفظية دون التعرض للتصرف الوارد في الورقة من حيث صحته أو بطلانه وتقتصر حجية الحكم الصادر فيها على صحة التوقيع ولا يتعدى أثره إلى صحة الالتزامات الناشئة عن العقد. بناءً عليه، فإن هذه الدعوى لا تعدو إلا أن تكون وسيلة لاعتبار التوقيع على العقد مصدقاً عليه تمهيداً لتسجيله، والحكم الصادر فيها يقوم مقام تصديق الموظف المختص على التوقيع ولذلك فهي دعوى لا تندرج ضمن الدعاوى العينية العقارية. فلا يجوز تسجيل دعوى صحة التوقيع في صحيفة العقار ولا يجوز أيضاً تسجيل الحكم الصادر في دعوى صحة التوقيع وحده لأن دعوى صحة التوقيع ليست من ضمن المحررات الواجب تسجيلها والمنصوص عليها بالمادة ٧ وما بعدها من قانون السجل العقاري رقم ١٨٨ لعام ١٩٢٦ وكل ما في الأمر أن أثرها يقتصر على إثبات أن التوقيع الموضوع على المحرر توقيع صحيح صادر من يد صاحبه، ويتعين على المشتري لكي يسجل البيع أن يقدم عقد البيع إضافة إلى المستندات التي تثبت أصل ملكية البائع وإذا تم التسجيل على هذا النحو تكون له حجية من تاريخ إجراءاته دون أثر رجعي. وتتقدم دعوى صحة التوقيع بخمس عشرة سنة من تاريخ التوقيع على الورقة وهذا ما أكدته محكمة النقض شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى. ويلاحظ أن دعوى صحة التوقيع ترفع على البائع ويجوز للمشتري رفعها على وارث البائع إذا كان قد مات.

الفقرة الثالثة. الفرق بين دعوى تثبيت البيع

ودعوى صحة التوقيع

- ١- إنَّه المطلوب في دعوى تثبيت البيع هو إثبات صدور عقد البيع من البائع وأنه بيع صحيح نافذ وقت صدور الحكم، أما المطلوب في دعوى صحة التوقيع هو مجرد إثبات التوقيع الذي تحمله ورقة البيع العرفية هو توقيع البائع.
- ٢- ويترتب على ذلك أن البائع في دعوى تثبيت البيع يستطيع أن يطعن في البيع بالبطلان أو الإبطال أو الفسخ أو الانفساخ أو عدم النفاذ لأي سبب من الأسباب، ولا يستطيع ذلك في دعوى صحة التوقيع.
- ٣- ويترتب على ذلك أيضا أن الحكم بتثبيت البيع يجعل البيع في مأمن من أن يطعن فيه فيما بعد بالطعون المذكور سابقا، أما الحكم بصحة التوقيع فلا يمنع من الطعن في البيع بجميع أوجه الطعون السابقة.
- ٤- ويجوز للمشتري أن يرفع باسم البائع على البائع دعوى تثبيت البيع، ولا يجوز أن يرفع دعوى صحة التوقيع.
- ٥- فيما يتعلق بتسجيل صحيفة الدعوى، ففي دعوى تثبيت البيع تسجل صحيفةها ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار حتى إذا صدر الحكم بتثبيت البيع وأشر به المشتري على هامش تسجيل صحيفة الدعوى، أصبح أي تصرف صادر من البائع من ورق تسجيل صحيفة الدعوى غير نافذ في حق المشتري، أما دعوى صحة التوقيع فليست من الدعاوى التي تسجل صحيفةها.

والعبرة في دعوى صحة التوقيع بصور حكم بصحة التوقيع وتسجيله مع الورقة العرفية ومن وقت هذا التسجيل فقط لا ينفذ في حق المشتري تصرف يصدر من البائع ويسجل بعد تسجيل المشتري لعقده مصحوبا بالحكم.

الخلاصة أن دعوى تثبيت البيع هي دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد فتتناول محله ومداه ونفاذه والحكم الذي يصدر فيها يكون مقرر لكافة ما انعقد عليه الرضاء بين المتعاقدين بغير حاجة معه إلى الرجوع إلى الورقة التي أثبت فيها التعاقد، وهي دعوى شخصية عقارية تدخل ضمن دعاوى الاستحقاق حالا على النحو السابق تفصيله، بينما دعوى صحة التوقيع هي دعوى تحفظية الغرض منها إثبات أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع صحيح صادر من البائع فقط، ولا يجوز فيها المناقشة في أمر صحة العقد ونفاذه على النحو السابق وهي وسيلة سهلة أقل يسرا وتكلفة للمشتري.

المبحث الثاني. الالتزام بالتسليم

تتمثل أهمية التسليم في تمكين المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به.

المطلب الاول. الإطار القانوني للالتزام

بالتسليم

التسليم هو وضع الشيء المبيع تحت يد المشتري، وهذا الالتزام يُعدُّ فرع عن التزام البائع بنقل ملكية المبيع. ويتفرع أيضاً عن الالتزام بنقل الملكية التزام البائع بالمحافظة على المبيع إلى أن تتم عملية التسليم. وفقاً لنص المادة ٢٠٧ مدني سوري "الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم".

وأهمية التسليم تختلف فيما إذا كان الشيء المبيع عقاراً أم منقولاً. بالنسبة إلى العقارات فالأهمية الأساسية تكمن بنقل الملكية وحجبتها وذلك بالتسجيل في السجل العقاري.

أما بالنسبة إلى المنقول، تكمن أهميتها بأن عملية التسليم تعطي الحق للمشتري الحق في فحص المبيع حتى يتأكد من مطابقة الشيء للمواصفات المتفق عليها بين المتعاقدين.

ومن ناحية تكييف عملية التسليم، يُعدُّ الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق نتيجة بينما الالتزام بالمحافظة عليه فهو التزام بعناية.

ويثير موضوع التسليم مسائل كثيرة وهامة في البيوع التجارية الدولية والتي تفصل بين البائع والمشتري مسافات طويلة، فيتوجب تعيين الوقت والمكان اللذين يُعدُّ التسليم قد تم فيهما. يرجع ذلك إلى اتفاق الطرفين، وقد بلورت العادات التجارية والاتفاقات الدولية نماذج معينة من عقود البيع وأهمها النوع

المعروف CAF وعقد CIF وفيه يتجه قصد المتعاقدين إلى أن يكون التسليم على أرصفة الموانئ في مكان الشحن.

وقد قننت اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠ بشأن عقود البيع الدولي هذه المبادئ وقررت فك الارتباط بين الالتزام بنقل الملكية وتبعية الهلاك وجعلت انتقال هذه الأخيرة منوطاً بعملية التسليم سواءً كان التسليم إلى المشتري مباشرة أو إلى الشاحن باعتباره وكيلًا عن المشتري.

في هذا الإطار تنص المادة ٤٠٣ مدني على أنه:

(١) يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

(٢) ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية.

فوفقاً لهذا النص فإن الالتزام بالتسليم يقع على عاتق البائع ويلتزم به البائع بمجرد انعقاد البيع وذلك حتى يتمكن المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به دون عائق، فالمشتري يشتري المبيع حتى يحوزه وينتفع به.

- في بعض البيوع يكون التسليم هو وسيلة انتقال الملكية كما هو الحال في نقل ملكية المنقول المعين بالنوع.

- يحدد التسليم تبعية هلاك المبيع وعلى من تقع تبعية هلاكه على نحو ما سنراه.

- يحدد التسليم أحقية البائع في فوائد الثمن المتأخر في دفعه إذا كان الشيء المبيع منتجا ثماراً أو

إيرادات أخرى وفقاً للمادة ٤٢٦ مدني ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره.

حيث تنص المادة ٤٢٦ مدني على إنَّه لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره.

١. أن المشتري يصبح منذ إتمام عملية التسليم قادراً على الانتفاع الكامل بالشيء المبيع ومن ثم يكون المشتري قد حقق الغاية من الشراء. ويحول دون اكتساب الغير حقاً على المبيع إذا كان منقولاً. كما إنَّه يساهم في نقل الحق العيني إذا كان محله معيناً بالنوع وذلك إذا تمت عملية فرز المبيع.

٢. إن التسليم يقوم بدور كبير وخطير في نفس الوقت بالنسبة لاستقرار ملكية الأشياء المعينة بذاتها للمشتري الذي تم تسليمها له ومن ثم يصبح محصناً من قاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز وعلى وجه الخصوص إذا تصرف البائع بالشيء نفسه إلى مشتر آخر حسن النية فالتسليم يضع المشتري الثاني من المطالبة بالشيء المبيع وإن كان له أن يرجع على البائع بالتعويض على أساس إخلال البائع بالتزامه تجاهه. من المعروف في الأشياء المعينة بنوعها أن ملكيتها لا تنتقل إلا بفرزها وفرز المبيع يتم عادة عند التسليم في هذه الحالة تمتزج عملية التسليم بنقل الملكية للحق حتى تبدو أنها السبب لانتقال الملكية.

٣. يُعدُّ التسليم في القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم كان يُعدُّ شرطاً لانتقال الملكية فيهما، فإذا لم يتم التسليم للشيء المبيع إلى المشتري فإن الملكية لم تكن تنتقل إليه بينما التسليم في القوانين الحديثة فقد أصبح التسليم مجرد أثر يترتب على عقد البيع ولا دور له في انتقال الملكية.

نتناول بحث التسليم بتحديد محله وأنواعه ومكان وزمان التسليم والجزاء المترتب على إخلال البائع بالتسليم ومن ثم ملحقاته وذلك بدراسة مقارنة مع بعض الاتفاقيات الدولية بخصوص البيوع الدولية.

المطلب الثاني. محل التسليم

وفقا للمادة ٣٩٩ مدني يلتزم البائع أن يسلم الشيء المبيع ذاته بالحالة التي كان عليه وقت البيع، وعلى ذلك فمحل التزام البائع بالتسليم هو المبيع ذاته وبصفاته المحددة وبكميته المتفق عليها إذا كان ما يباع بالكمية.

وإضافة إلى ذلك فالبائع يلتزم أيضا بتسليم ملحقات المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء وذلك طبقا لما تقضى به طبيعية الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين وفقا للمادة ٤٠٠ مدني.

يتضح من هذه النصوص أن الالتزام بالتسليم ينصب على:

(١) الشيء المبيع ذاته.

(٢) ملحقات المبيع.

وذلك على النحو التالي:

الفقرة الأولى. المبيع

للكلام عن تسليم المبيع ذاته يقتضي الكلام عن المسألتين الآتيتين:

(١) تسليم المبيع ذاته وبأوصافه المتفق عليها بالعقد.

(٢) تسليم المبيع بالقدر المتفق عليه.

أ. تسليم المبيع ذاته بالحالة التي كان عليها وقت البيع

وفقاً للمادة ٣٩٩ فالبائع يلتزم بتسليم الشيء المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، والمفروض إنّه رآه أو علم به علماً كافياً كما قدمنا هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره كأن يشترط تسليم المبيع في حالة جيدة.

فحالة المبيع وقت البيع والتي رآها المشتري أو علم بها علماً كافياً من خلال قيام البائع بوصف حالة المبيع له وقت البيع، فالبائع يلتزم بتقديم البيانات اللازمة للكشف عن حالة الشيء وقت البيع للمشتري بما يسمح بوصفه وصفاً نافياً للجهالة، فإذا كان محل البيع هو قطعة أرض يلتزم البائع ببيان حدود العين المبيعة وما يثقل الأرض من حقوق وتكاليف، وكذلك مشتملات العين^٨، ودرجة جودتها وما تصلح له من المزروعات وغيرها. وفقاً لما تقضى به قواعد تعيين المبيع حسبما تقضى به القواعد العامة وكذلك نص المادة ٣٩٩ فالبائع يلتزم بتسليم المبيع بحالته المتفق عليها بين المتعاقدين، وذهب القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه وفقاً لمحكمة النقض الفرنسية أن التزام البائع لا يكون منجزاً إلا بتسليم الشيء مطابقاً للمواصفات ويتمكن الحائز من استعماله حسب طبيعته وموقعه^٩.

ويتفرع عن هذا الالتزام التزام آخر على عاتق البائع هو التزامه بالمحافظة على المبيع بحالته المعينة وقت البيع.

ويقوم التزام البائع بتسليم المبيع بحالته وقت البيع ما لم يوجد اتفاق خاص بين البائع والمشتري بخلاف ذلك أو وجد عرف يقضى بخلاف ذلك.

^١ السهوري: الوسيط، ج ٤، عقد البيع والمقايضة، ط ٨٦، رقم ٢٩٤، ص ٧١٣.

^١ Com. 29 oct. 1968. B. civ, n° 295, civ I, 20 mars. 1989. B.L n 140.

يرجع ذلك إلى أن الالتزام بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع لا يتعلق بالنظام العام فيجوز للأطراف الاتفاق على تسليم المبيع (ليس بحالته) وإنما في حالة جيدة أو في حالة مطابقة للعينة أو غير ذلك.

فإذا كان البيع قد تم على أساس العينة فالبايع يلتزم بتسليم المبيع مطابقاً للعينة وتطبق أحكام البيع بالعينة التي سبق شرحها في حالة مطابقة الشيء المسلم أو عدم مطابقته للعينة هذا إذا كان المبيع معيناً بالذات.

أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع كما لو كان من المثليات فإنه يجب هنا أيضاً أن يسلم البائع المبيع كما هو متفق عليه من حيث الجودة أو كما التزم به، كما لو تعهد البائع بتسليم بضائع من إنتاج مصنع معين أو بلد معين فيجب تسليمها من إنتاج المصنع أو البلد ولا يجوز إجبار المشتري على قبول بضاعة من صنع مصنع آخر لأنه كثيراً ما يتفق في هذا النوع من البيوع على درجة جودته .

أما إذا لم يتفق على درجة معينة من الجودة للشيء المعين بالنوع فإنه يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، فإن أمكن ذلك التزم البائع بأن يسلم الشيء بدرجة الجودة المستفادة من العرف أو أي ظرف آخر، أما إذا لم يمكن استخلاص درجة الجودة على هذا النحو فإن البائع يلتزم بتسليم شيء من صنف متوسط وفقاً لما تقضى به المادة ٢/١٣٤ مدني، وذلك لأنه لو ألزمنا البائع بتسليم صنف جيد فإن في هذا غبن بالبايع ولو أزمناه بتسليم صنف رديء فإن في ذلك غبن بالمشتري .

^١ البدرابي: المرجع السابق، رقم ١٥٢، ص ٢.

^٢ السنهوري: المرجع السابق، ص ٧١٤ ط

هذا مع ملاحظة إنَّه إذا كان الاختلاف طفيفاً فالعادات التجارية جرت على قبول المشتري للمبيع كوجود بعض الشوائب المتعارف عليها في الشيء المبيع أو التغيير الحاصل بفعل الرطوبة أو الجفاف. يفترض الالتزام بتسليم المبيع بحالته وقت البيع أن المبيع ظل حتى وقت التسليم كما هو ولم يطرأ عليه أي تغيير لكن قد يحدث أن يعتري المبيع تغيير فما هو الحكم في هذه الحالة؟

(١) حدوث تغير في حالة المبيع

إذا كان الأصل هو التزام البائع بتسليم المبيع ذاته دون زيادة أو نقصان إلا إنَّه قد يحدث تغير في حالة المبيع، فإن التغيير قد يكون في صالح المشتري وقد يكون ضاراً به، وقد يقبل المشتري تسليم المبيع ويسكت ولا يعترض.

فإذا تسلم المشتري المبيع ولم يعترض على تغير حالته وسكت مدة كافية فهذا يفسر على إنَّه قبول ورضاء منه ولا يستطيع الاحتجاج مرة أخرى لأن السكوت يفترض فيه أما إنَّه تسامح ونزل عن حقه وأما إنَّه تسلمه بالحالة التي كان عليها وقت البيع. كما ورد التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد في اتفاقية الأمم المتحدة فيينا عام ١٩٨٠، حيث تنص المادة ١/٣٥ " على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها ووصافها وتغليفها مطابقة لأحكام العقد" وحسب الاتفاقية لا ينحصر التزام البائع بهذه الأمور لأن الاتفاقية تضمنت مفهوماً أوسع من هذه الفكرة، إذ أنها جمعت تحت نظام قانوني واحد مختلف، الالتزامات الملقاة على عاتق البائع المكلف بتسليم بضاعة مطابقة للمواصفات وأن تكون بنفس الوقت ملبية لحاجات المشتري وتمنياته .

(٢) عبء الإثبات

^١ هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها " إن البائع ملتزم بتسليم العقار المبيع بالحالة التي هو عليها وقت تحرير العقد. نقض مدني ٨ أب ١٩٣٢ مجموعة عمر، رقم ٨١ ص ١٥٢.

وفي حالة اعتراضه على التسليم لتغير حالته أو اكتشافه تغير حالته عقب التسليم فإنه يقع على البائع عبء إثبات أن المبيع لم تتغير حالته عما كانت عليه وقت البيع لأن البائع هو المدين بالتسليم، فوفقاً لواعد الإثبات فإن على البائع إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات وفائه بالالتزام.

• حالة التغير في حالة المبيع للأفضل

فإذا تغيرت حالة المبيع وقت التسليم وكان التغير للأفضل بسبب أجنبي كالتحاق الطمي بالأرض، كانت الزيادة للمشتري بغير مقابل لأن للمشتري نماء المبيع وثمره من وقت البيع عملاً بالمادة ٤٢٦ مدني.

أما إذا كان التغير للأفضل بفعل البائع كما لو أقام البائع بناء على الأرض كان حكمه حكم من يبنى على ملك غيره بسوء نية (مادة ٨٩٠ مدني سوري) وخاصة إذا تم تسجيل عقد المشتري في السجل العقاري. فإذا كان ما أقامه البائع يُعد من التحسينات الكمالية فله أن ينزعها بإعادة المبيع لحالته الأصلية وقت البيع إلا إذا اختار المشتري استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة (مادة ٢/٩٣١ مدني).

أما إذا كان ما أنفقه البائع من المصروفات الضرورية لحفظ الشيء من الهلاك أو التلف فإنه لا يرجع بشيء منها على المشتري لأنه يلتزم بالمحافظة على الشيء كما تقع على البائع تبعة الهلاك والتسليم كقاعدة عامة. ويقع عبء الإثبات على البائع أن يثبت أن حالة المبيع لم تتغير. فإذا لم يثبت ذلك فيكون ملزماً بإعادة المبيع إلى الحالة التي كان عليها وقت العقد، أو يلزم بتعويض المشتري كما يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد. وتترتب هذه الأحكام سواء حدث التغير في الشيء المبيع بفعل البائع وخطأه أو بفعل الغير أو حتى بحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، لأن التزام البائع هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث لا يعفى البائع من تحمل مسؤولية التغير الضار إلا إذا حدث بفعل المشتري.

• حالة التغير الضار بالمشتري

في حالة التغير بوجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة أي فروق لا يؤديه بها ولا تؤثر

٣

وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة فهذا لا ينفي المطابقة .

أما إذا كان التغير ضاراً بالمشتري فإن البائع يكون مسؤولاً عن هذا التغير سواء كان التغير بخطئه أو بفعل الغير ويرجع البائع على الغير إذا كان هناك وجه للرجوع على الغير، ويرجع سبب ذلك إلى أن التزام البائع بالتسليم للمبيع بحالته التي كانت عليها وقت البيع إنما هو التزام بتحقيق نتيجة، فيكون على البائع أن ينفذ التزامه بتنفيذ عينيا أن أمكن، وإلا كان للمشتري الحق في طلب التعويض (التنفيذ بالمقابل)، كما أن للمشتري أن يطلب فسخ البيع والتعويض معا .^٤

بينما يرى البعض الآخر أن البائع يكون غير مسؤول في حالة وجود سبب أجنبي كقوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المشتري ولا خلاف على أن المشتري يتحمل مغبة التغير الضار الحادث بفعله أو بخطأ منه ولا يكون له الرجوع على البائع بشيء. التمييز بين جزاء عدم مطابقة المبيع للحالة التي كان عليها وقت البيع وبين جزاء الغلط في المبيع ووجود عيب خفي بالمبيع

اختلاف الجزاء

ففي حالة تغير حالة المبيع، أي عدم مطابقة المبيع المسلم لحالته وقت البيع، فالجزاء هو حق المشتري في المطالبة بالتنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل (التعويض)، ويكون للمشتري أن يطلب الفسخ لعدم التنفيذ، مع التعويض إذا كان له مقتض.

فالتنفيذ العيني يعني أن يكون من حق المشتري أن يرد المبيع غير المطابق أو الذي تغيرت حالته للبائع ويطالبه بتسليم شيء مطابق إن أمكن ذلك، فإن لم يمكن ذلك بأن استحال التنفيذ العيني فالمشتري

^١ نقض سورية ١٢/١/١٩٥٩، مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ق، ص ٦٥٩.

^٢ السنهوري: المرجع السابق، رقم ٢٩٥، ص ٧١٤.

^٣ سليمان مرقس: المرجع السابق، رقم ١٨٧.

أن يلجأ للتنفيذ بمقابل (أي التعويض)، كما يكون للمشتري أن يطلب فسخ العقد جزاء لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع بحالته وقت البيع. كما يكون للمشتري أن يطالب بالتعويض إلى جانب الفسخ إن كان له مقتض.

واختلاف جزاء عدم مطابقة المبيع المسلم لحالته وقت البيع عن الجزاء الذي يوقع في حالة الرجوع بضمان العيب الخفي في المبيع، فالعيب الخفي يفترض أن المبيع بحالته وقت البيع إلا أن فيه عيباً خفياً لم يكن للمشتري يعلمه، ودعوى الفسخ للعيب الخفي تسقط بمضي سنة من تاريخ تسليم المبيع أما دعوى الفسخ لعدم المطابقة فلا تسقط إلا بمضي خمس عشرة سنة ويختلف جزاء عدم المطابقة عن جزاء عدم العلم الكافي بالمبيع، فجزاء عدم العلم الكافي بالمبيع هو قابلية العقد للإبطال حيث أن الفرض أن المشتري وقع في غلط في صفة جوهرية للمبيع واتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر، بينما في حالة عدم المطابقة فإن المشتري لم يقع في غلط في صفة جوهرية وإنما تغيرت حالة المبيع الذي سبق وأن رآه أو علم به علماً كافياً، فالغلط حالة نفسية بينما عدم المطابقة حالة مادية، وتسقط دعوى الإبطال للغلط بثلاث سنوات بعكس عدم المطابقة فتسقط الدعوى بخمس عشرة سنة.

٣) حالة وجود اتفاق خاص بشأن حالة المبيع

نظراً لأن تسليم المبيع بحالته وقت البيع وهو حكم لا يتعلق بالنظام العام فإنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يتم تسليم المبيع في حالة خاصة فإن هذا الاتفاق هو الذي يعمل به وتكون له الأولوية ويقع على عاتق المشتري عبء إثبات وجود مثل هذا الاتفاق الخاص بشأن حالة المبيع وقت التسليم. فقد يتفق البائع والمشتري على ضرورة أن يسلم المبيع في حالة جيدة بصرف النظر على حالته وقت البيع سواء أكانت جيدة أم رديئة أم متوسطة، فيجب تسليم المبيع في حالة جيدة ويحق للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني أو بمقابل أو الفسخ مع التعويض إن كان له مقتض.

لكن لا يكفي أن يسلم المبيع ذاته بأوصافه وإنما يجب أن يسلم أيضاً بمقداره وذلك على النحو

التالي:

ب. تسليم المبيع بمقداره

القاعدة العامة إنَّه يجب تسليم المبيع بمقداره المتفق عليه في العقد، فقد نصت المادة ٤٠١ مدني على إنَّه " إذا عين في العقد مقدار البيع، كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف، ما لم يتفق على غير ذلك، على إنَّه يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث إنَّه لو كان يعلمه لما أتم العقد ".

(١) حكم القواعد العامة

وفقاً للقواعد العامة في التقنين المدني فإنَّه في حالة بيع شيء معين بالنوع فلا صعوبة في الأمر فإنَّه يتعين على البائع أن يسلم المبيع المتفق عليه، فإذا لم يسلم البائع المبيع بالقدر المتفق عليه كان للمشتري أن يطلب التنفيذ العيني ليحصل على ما يكمل القدر المتفق عليه، ويجوز للمشتري أيضاً أن يحصل على شيء من النوع ذاته يكمل القدر المتفق عليه على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو بدون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض، هذا حسبما تقضى به المادة ٢٠٦ من التقنين المدني، ولا مشكلة في الأمر أما الصعوبة تقوم في حالة كون المبيع شيء معين بالذات.

(٢) حالة المبيع المعين بالذات

وردت نصوص خاصة تنظم هذه المسألة في عقد البيع في المواد ٤٠١، ٤٠٢ من التقنين المدني وهي تفرق في هذا الصدد بين حالة وجود عجز في المبيع وحالة وجود زيادة في مقدار المبيع وذلك على

النحو التالي:

• حالة النقص في مقدار المبيع المعين بالذات

تنص المادة ٤٠١/١ على إنه " إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك على إنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو إنه كان يعلمه لما أتم العقد ".
تحدد مجال هذا النص في المبيع المعين بالذات مع تعيين مقداره أو في المبيع جزافاً مع تحديد مقداره.

يكفي مجرد تحديد قدر المبيع فإذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين لم يكن مسؤولاً، فلا يكون البائع مسؤولاً عن نقص مقدار المبيع إذا عين في العقد مقدار المبيع، وبالتالي لا يشترط ضمان مقدار المبيع في العقد.

فالأصل إنه في حالة تعيين مقدار المبيع في عقد البيع فإن البائع يكون مسؤولاً أمام المشتري عن تسليم هذا المقدار المعين، ويجب تسليم هذا المقدار دون زيادة أو نقص. كبيع قطعة أرض على أن مساحتها ١٠٠٠ متر مربع، ثم يتبين عند التسليم أن مساحتها لا تتجاوز ٧٠٠ متر مربع، وكان المشتري يهدف من شراء هذه الأرض بناء مصنع فلا تكفي المساحة، فيحق له طلب فسخ العقد وفق نص المادة ٤٠١ مدني سوري.

فإذا وجد في المبيع المسلم نقص بنظر ما إذا كان هناك اتفاق خاص بين الطرفين أو عرف ينظم حكم هذا النقص فإذا أوجد اتفاق خاص وجب إعمال هذا الاتفاق، وإذا لم يوجد اتفاق وجب العمل بالعرف في هذا الشأن ويجرى العرف على التسامح في قدر معين من العجز في المبيع.

وإذا لم يوجد عرف ينظم المسألة فإن البائع يكون مسؤولاً أمام المشتري ويكون للمشتري أن يطالب بالتعويض، وقد يكون التعويض في صورة إنقاص الثمن بنسبة ما نقص من مقدار المبيع، وليس من الضروري أن يكون إنقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك. وفي حالة ما إذا كان النقص جسيماً يكون للمشتري أن يطلب فسخ العقد، ويكون النقص جسيماً إذا بلغ حداً لو إنَّه كان يعلمه لما أبرم العقد، ويجب على المشتري أن يثبت هذا النقص الجسيم. وعلى ذلك فإن جزاء النقص في المبيع يد يكون إنقاص الثمن وقد يكون المطالبة بفسخ البيع. ويكون الجزاء كذلك بصرف النظر عما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له، وبصرف النظر عما إذا كان الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة، أما إذا كان النقص محسوساً لا يتسامح فيه، يتمكن المشتري من الرجوع على البائع بالتعويض وقد يكون في صورة نقص الثمن بقدر نقص المبيع.

• حالة الزيادة في قدر المبيع

تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٠١ مدني على إنَّه " أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتبويض أن يكمل الثمن إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه ".

إذا حدث وسلم البائع المبيع وبه زيادة على القدر المتفق عليه فإذا كان هناك اتفاق خاص بين الطرفين يبين حكم الزيادة فيعمل بهذا الاتفاق الخاص.

وإذا لم يوجد اتفاق خاص، وجب العمل بالعرف، وإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف فإننا نفرق بين حالتين وهما حالة ما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة أو مقدراً جملة واحدة.

ففي حالة ما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة نفرق بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض فالزيادة تكون من حق البائع حيث أن الفرض أن المبيع يقبل أن نعطي للمشتري القدر المتفق عليه في العقد ونرد الزيادة للبائع، فالمبيع لا يضره التبويض.

أما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع غير قابل للتبويض فوفقاً للنص وجب على المشتري أن يكمل الثمن إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد.

وفي حالة ما إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة

وذلك كما لو بيعت قطعة أرض مساحتها خمسة أفدنة بأربعين ألف جنيه، وعند تسليمها اتضح أن مساحتها خمسة أفدنة وثلاثة قراريط فتكون الزيادة من حق المشتري ولا يكون للبائع أن يطلب من المشتري زيادة في الثمن، أو أن يطلب فسخ العقد ويرجع ذلك إلى أن الثمن قدر جملة واحدة وليس بحساب الوحدة، فلا توجد علاقة بين مقدار المبيع وتحديد الثمن، بل يكون من قبيل الوصف الذي لا يقابله شيء من الثمن، فالظاهر بالرغم من سكوت النص أن قدر المبيع في هذه الحالة يُعد إضافة لا أصلاً .

ولكن ما الحكم في حالة عدم تعيين مقدار المبيع في العقد؟

حالة عدم تعيين مقدار المبيع بل عين على وجه التقريب أو تحت المساحة

ففي هذه الحالة لا تطبق أحكام العجز أو الزيادة في المبيع أو تقادم الدعاوى الناشئة عنهما، وقد قضت محكمة النقض بأن أحكام المواد ٤٠١، ٤٠٢ من التقنين المدني لا تطبق إلا في حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عين في العقد، أما إذا لم يتعين مقداره أو كان مبيناً به على وجه التقريب فإن دعوى

^١ السهوري: المرجع السابق، ص ٧٠. وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية ما يؤيد ذلك حيث ورد بها أنه " إذا زاد المبيع وكان الثمن مقدراً جملة واحدة فالغالب أن المتعاقدين قصدا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على القدر المعين، ولذلك يبقى البيع ولا يطالب المشتري بزيادة في الثمن، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك.

البائع لا تتقدم بسنة بل تتقدم بخمس عشرة سنة، ولما كان يظهر من الحكم المطعون فيه إنَّه استبعد تطبيق النقاد الحولي على دعوى الشركة البائعة - بمطالبة الطاعنين - ورثة المشتري - بثمن الأرض الزائدة بعد أن خلص إلى أن مقدار المبيع لم يعين في العقد واستدل الحكم على ذلك بالعبارة التي وردت في إقرار المورق من الأرض التي اشتراها من الشركة وقدرها ١٥ كم^٢ "تحت المساحة" وبما جاء في البند الأول من عقد البيع من أن الحد الغربي للأرض المبيعة هو باقي ملك الشركة فإن هذا الذي أورد الحكم يتفق مع صحيح القانون .

تقدم الدعاوى الناشئة عن العجز والزيادة في المبيع بمضي سنة من وقت التسليم

تنص المادة ٤٠٢ على إنَّه "إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة فإن حق المشتري في إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقدم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعلياً". يتضح من هذا النص أن المشرع أراد الحفاظ على استقرار المعاملات، فجعل الدعاوى الناشئة عن النقص أو الزيادة في المبيع تتقدم بمضي سنة من وقت التسليم الفعلي للمبيع وتحديد مدة التقدم بسنة حتى لا يكون عقد البيع مزعزعاً ومهدداً بالفسخ أو غيره من الدعاوى الثلاثة الناشئة عن العجز والزيادة لمدة طويلة، وبعد مضي السنة يسقط الحق في رفع تلك الدعاوى.

ما هي هذه الدعاوى؟

هذه الدعاوى التي تنشأ عن النقص والزيادة هي دعاوى المشتري بإنقاص الثمن بسبب العجز، ودعوى المشتري بفسخ البيع بسبب النقص الجسيم في المبيع أو الزيادة في المبيع وكان المبيع لا يقبل التبويض، وقد قدر الثمن بحساب الوحدة، ودعوى تكملة الثمن التي تكون للبائع إذا كانت هناك زيادة في المبيع وكان المبيع لا يقبل التبويض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة.

^١ سليمان مرقس: المرجع السابق، رقم ١٨٧.

ولكن لا يسرى هذا على غير هذه الدعاوى كالدعوى التي يرفعها المشتري للمطالبة بإلزام البائع بتسليمه جزءاً من المبيع يدعى امتناعه عن تسليمه كما لو طلب تسليمه قطعة أرض يدعى أن البيع لا يتناولها، أو طلب البائع استبعاد قطعة أرض يدعى أن البيع لا يتناولها أو دعوى الضمان التي يرفعها المشتري للعيب الخفي أو دعوى الاستحقاق أو دعوى المطالبة بباقي الثمن في حالة ما إذا كان الثمن مقدراً تقديراً مؤقتاً على أن يقدر تقديراً نهائياً بعد تقدير المبيع.

وتحسب مدة السنة من وقت التسليم الفعلي للمبيع لا من وقت البيع، والعبرة تكون بالتسليم الفعلي لا الحكمي، فالتسليم الفعلي يتيح للمشتري أن يتبين أن يتبين الزيادة أو العجز في المبيع، ويقرر موقفه من رفع تلك الدعاوى أم لا.

في البيع الدولية. نصت اتفاقية لاهاي على جزاء تخفيض الثمن في حالة إخلال البائع بالتزام التسليم المطابق للعقد، وحددت طريقة حساب التخفيض، وهو الفرق بين القيمة الحقيقية للبضائع وقت إبرام العقد وقيمة البضائع التي تم تسليمها غير المطابقة للعقد.

وقررت اتفاقية الأمم المتحدة اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠ أيضاً حق المشتري في تخفيض الثمن في حالة إخلال البائع بالتزام التسليم بالحالة التي كانت عليها البضائع وقت العقد كحق أصلي ثالث إضافة إلى التنفيذ العيني والفسخ. والمشتري هو الذي يحدد قيمة التخفيض في الثمن على أن يراعي طريقة التقدير التي حددتها الاتفاقية والتي يجب أن يلتزم بها المشتري عند التقدير، وهي أن يكون التخفيض بنسبة الفرق بين قيمة البضاعة التي سَلِمَت فعلاً وقت التسليم وقيمة البضاعة لو كانت كاملة المطابقة في ذلك الوقت. وتلتزم المحكمة بهذا التحديد في حالة نشوء نزاع بين البائع والمشتري حول تقدير التخفيض

يمكن استنتاج، أن الاتفاقية حددت حساب التخفيض بالفرق بين قيمة البضاعة التي سلمت فعلاً وقيمة البضاعة كاملة المطابقة في وقت التسليم نفسه. وعلى ذلك فإن التحديد يكون بالفرق بين قيمة البضاعة بحالتها الحقيقية وقت التسليم وبين قيمة البضاعة بالحالة التي كان يفترض أن تكون عليها كما لو كانت كاملة المطابقة، وبالصورة التي تم الاتفاق عليها في العقد.

وعلى ضوء ذلك فإن تقدير قيمة التخفيض وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة يتم عن طريق عملية حسابية بطرح قيمة البضاعة التي سلمت فعلاً من قيمة البضاعة التي كان يجب أن تكون مطابقة بصورة كاملة. ووقت المقارنة لإجراء العملية الحسابية هو وقت التسليم بعكس ما جاء في اتفاقية لاهاي، حيث أخذت بوقت إبرام العقد كمعيار للمقارنة وليس بوقت التسليم.

لا بد من القول إن النتيجة واحدة في الاتفاقيتين من ناحية المطابقة، ذلك أن اتفاقية لاهاي أخذت بالقيمة الحقيقية للبضائع وقت إبرام العقد في حين أن اتفاقية الأمم المتحدة أخذت بقيمة البضاعة كاملة المطابقة وقت التسليم، ويعني ذلك أن تكون المطابقة بالصورة التي تم الاتفاق عليها وقت إبرام العقد.

وحددت اتفاقية الأمم المتحدة ثلاث حالات لا يجوز للمشتري فيها توقيع جزاء تخفيض الثمن برغم إخلال البائع بالتزام المطابقة، وهي

أولاً: لا يجوز للمشتري توقيع جزاء تخفيض الثمن إذا عرض البائع إصلاح عيب المطابقة، وكان قد قام بتسليم البضائع قبل حلول الميعاد وفقاً لنص المادة (٣٧) من الاتفاقية.

ثانياً: لا يجوز للمشتري توقيع جزاء تخفيض الثمن إذا عرض البائع إصلاح عيب المطابقة، وكان قد قام بتسليم البضائع في الميعاد المحدد أو بعده، وذلك وفق أحكام المادة (٤٨) من الاتفاقية التي تجوز للبائع إصلاح الخلل في الالتزامات بشرط ألا يترتب على ذلك الإخلال تأخير غير معقول أو مضايقة غير معقولة للمشتري. وللمشتري الحق في طلب التعويض وفق أحكام الاتفاقية.

ثالثاً: لا يجوز للمشتري توقيع جزاء تخفيض الثمن إذا رفض عرض البائع بإصلاح عيب المطابقة وفق أحكام المادتين (٣٧) و(٤٨) من الاتفاقية ونخلص من ذلك إلى أن جزاء تخفيض الثمن عبارة عن معادلة لإعادة التوازن بين التزام البائع بالمطابقة والتزام المشتري بدفع الثمن، وهذه المعادلة تتقرر وفق حالة البضاعة ودرجة مطابقتها، ويكون ذلك بتخفيض الثمن بدرجة عدم مطابقة البضائع. ونتيجة لذلك فإن

المشتري يدفع ثمن غير الذي تم الاتفاق عليه في العقد باعتبار إنّه يستلم بضائع غير مطابقة للشروط المتفق عليها، وهو لذلك يدفع القيمة الفعلية للبضائع موضوع التسليم. وفي ذلك تطبيق لقاعدة إزالة الغبن المقررة في الفقه الإسلامي. ويسقط حق المشتري في تخفيض الثمن في الحالات التي يكون فيها بإمكان البائع إصلاح عيوب المطابقة ويعرض ذلك للإصلاح، ولكن يرفض المشتري ذلك العرض على النحو الذي سبق ذكره، وفي هذه الحالة لا يكون للمشتري التمتع بذلك الحق استناداً على تقصيره الذي يتمثل في عدم قبول معالجة الوضع. وفي هذه القاعدة تطبيق لمبدأ توازن الالتزامات المتقابلة وحسن النية في البيوع الدولية.

الفقرة الثانية. ملحقات المبيع

لا يقتصر التزام البائع بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري بل يشمل أيضاً ملحقاته وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الشيء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين لها.

أولاً. معنى الملحقات

تنص المادة ٤٠٠ مدني على أنه: " يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ".
لم يكتف المشرع بإلزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، وإنما أوجب تسليم ملحقات المبيع، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء.
تعرف الملحقات بأنها كل " ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء " وفقاً لما ورد بنص المادة ٤٠٠ مدني، طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين، فهي ما يتبع الأصل ويعد بصفة دائمة لخدمته.

ولم يورد التقنين المدني أمثلة لملحقات الشيء ولكن الاجتهاد القضائي أورد أمثلة لهذه الملحقات وقبل أن نبين أمثلة لهذه الملحقات نلفت النظر إلى أمرين:

الأول: هو أن صياغة نص المادة ٤٠٠ فيما يتعلق بتعريف الملحقات تفيد بأن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء أمر يختلف عن ملحقاته، في حين أن الملحقات عبارة عن كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء وجاء الخلط من استخدام المشرع لحرف العطف " الواو " على النحو التالي " يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ".

الثاني: يجب التمييز بين الملحقات وأصل الشيء وأجزائه ونمائه وثمراته ومنتجاته وذلك على النحو

التالي:

فالمحقات تتميز عن أصل الشيء وأجزائه، فأصل الشيء يتكون من أجزائه كالمنزل يتكون من الأرض والبناء بما فيه من طبقات، والسلّم والردهات وأسوار المنزل إن وجدت، فهذه الأشياء هي أجزاء الشيء.

ثانياً. ما يخرج عن نطاق الملحقات

كذلك تختلف الملحقات عن نماء الشيء فالنماء هو أصل حادث بعد البيع وهو يدخل في أصل الشيء، مثال ذلك نماء الحيوان في الفترة بين البيع والتسليم أي كبره وزيادته أو التحاق الطمي بالأرض، وتختلف الملحقات عن منتجات الشيء المبيع لأن المنتجات ليست من أصل الشيء كولد الحيوان أو معادن المنجم.

وتختلف الملحقات عن ثمار الشيء وهي ما يتولد عن الشيء بشكل دوري ولا يؤدي الحصول عليها إلى الانتقاص من أصل الشيء كثمار الأشجار ومحصول الأرض، فالثمار ليست من أصل الشيء بل تتولد عنه ولا تُعدّ من ملحقاته.

وبهذا تكون الملحقات هي أشياء ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته، بل مستقلة عنه، ولكنها معدة بصفة دائمة وليست مؤقتة، كما يتضح من نص المادة ٤٠٠ لتكون تابعة للأصل وملحقاً به وذلك حتى يتهيأ للأصل أن يستعمل في الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا الاستعمال.

ويترتب على ذلك إنّه لا يُعد ما يستأجره مالك الأرض من آلات ومواش لخدمة الأرض من

ملحقاتها.

ولتحديد ما إذا كان الشيء يعد من ملحقات المبيع أم لا يرجع في ذلك إلى طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين حسبما ورد بالنص.

ومن الأمثلة على اعتبار الشيء من ملحقات المبيع وفقاً لطبيعة الأشياء هو اعتبار حقوق الارتفاق من ملحقات المبيع (أرض أو بناء). وكذلك جرى عرف الجهة على عدم اعتبار المشاتل من الملحقات. فقد جاءت الاجتهادات القضائية على أمثلة للملحقات، وذلك على النحو التالي:

- بيع بستان يشمل ما فيه من الأشجار المغروسة ولا يشمل الأثمار الناضجة ولا الشجيرات الموضوعة في الأوعية أو في بقعة مخصصة منه المعدة للنقل. بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به، ولا يشمل ما فيه من المنقولات التي يمكن نقلها بدون تلف. كما يمكن أن يشمل الملحقات أيضاً من خلال التطبيق العملي، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك:

- (١) بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به، ولا يشمل منقولاً يمكن فصله دون تلف.
 - (٢) بيع الأراضي الزراعية لا يشمل ما نضج من المحصول.
 - (٣) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مغروسة ولا يشمل الثمار الناضجة، ولا الشجيرات المزروعة في أوعية أو التي أعدت للنقل.
 - (٤) بيع الحيوان يشمل صغاره التي يرضعها كما يشمل الصوف والشعر المهيأ للجز.
- ويدخل في ملحقات العقار الأوراق والمستندات المتعلقة به كمستندات الملكية وعقود إيجار وحداته وحقوق الارتفاق المقررة له.
- وكذلك يعد من ملحقات العقار بعض الأشياء المادية المخصصة للانتفاع به واستعماله كالمفاتيح والمرايا المثبتة بالحائط والتمائيل المثبتة به أما إذا كانت غير مثبتة به فلا تعد من الملحقات.

ويعد من ملحقات العقار المنقولات المحلقة به والتي تُعدُّ عقاراً بالتخصيص، في بيع الأرض الزراعية تعد من الملحقات المواشي والآلات المعدة للزراعة والموجودة بها وقت البيع.

ويشترط لاعتبارات العقار بالتخصيص من ملحقات العقار أن يكون العقار قد بيع كوحدة استغلالية أما إذا بيع مجزئاً أو بيع جزء منه واحتفظ البائع بالباقي لا تعد من الملحقات مثال بيع مزرعة يُعد من ملحقاتها ما رصد على خدمتها من المواشي والآلات، أما إذا بيع فدان منها لم يشمل البيع شيئاً من ذلك، أما إذا بيعت حصة شائعة فيها شمل البيع حصة مماثلة في العقارات بالتخصيص.

ويدخل في بيع المحل التجاري بيع عناصره المادية فهي تعد من الملحقات كالمهمات والبضائع وعناصره المعنوية كالاسم والسمعة التجارية والرخص والإجازات وبراءات الاختراع وحقوق الإيجار.

ويدخل في بيع السيارة أدواتها والعجلات باعتبارها جزءاً من المبيع كما يشمل الرخصة وعقد التأمين

ومستندات الملكية . ٨ ٤ ١

الخلاصة إنَّه يقصد بملحقات المبيع كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين فتحدد ملحقات المبيع أمر يحدده الاتفاق أو العرف الجاري أن لم يوجد اتفاق، فإن طبيعة الأشياء هي التي تحدد ما يعد من ملحقات الشيء المبيع وقصد المتعاقدين، وطريقة تنفيذ العقد في الماضي إذا كان قد بدئ في تنفيذه وذلك على ما قضت به محكمة النقض في صدد عقد الإيجار . ٩ ٤ ١

ويرجع للقاضي الموضوع تحديد ما إذا كان الشيء يعد من ملحقات المبيع أم لا، فيترك لمحكمة الموضوع أمر هذا التقدير دون رقابة عليها لأنه يدخل في سلطتها باعتباره مسألة تتعلق بتفسير العقد وبما

^١ السنهوري: المرجع السابق، فقرة رقم ٣٠٣. سليمان مرقس: المرجع السابق، فقرة رقم ١٩، البدرأوى: المرجع السابق، ص ٢٦١.

^١ نقض ٢٠/٢، ١٩٨٠، طعن رقم ٩٧٢ لسنة ٤٥ قضائية، غير منشور.

لها من سلطة في تفسيره توصلاً إلى مقصود العاقدین على أن تبين في أسباب حكمها كيف استخلصت المعنى الذي اقتنعت به ورجحت إنَّه مقصود العاقدین بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد التزمت في تفسيرها بما تحمله عبارات العقد وما یجرى به العرف ويرشد إليه القصد من التعاقد وطبيعة محله. ولا یغیب عنا أن عدم تسليم المحلقات يأخذ حکم عدم تسليم الشيء المبیع ذاته على التفصیل السابق.



المطلب الثالث. كيفية التسليم وأحكامه

يعني الالتزام بالتسليم وجود علاقة قانونية بين التسليم بمعناه القانوني المحدد له وبعض المسائل القانونية الأخرى، وعلى ضوء هذه العلاقة القانونية يكون تكييف وتحديد تلك المسائل ووضعها القانوني بالنسبة لأطراف العقد.

نبين هنا طريقة التسليم أو الكيفية التي يتم التسليم بمقتضاها بمعنى ما هي طريقة إتمام التسليم وما هو مكان التسليم وزمانه ونفقات التسليم، فنتناول:

الفقرة الأولى. طريقة التسليم

تنص المادة ٤٠٣ على أنه:

(١) يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

(٢) ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد لسبب آخر غير الملكية.

يتضح من هذا النص أن التسليم يفترض توافر أمرين وأن للتسليم طرقا مختلفة فهناك التسليم القانوني والتسليم الحكمي والتسليم الفعلي والتسليم الرمزي.

أولاً. عناصر التسليم

يستفاد من نص المادة ٤٠٣ أن للتسليم عنصرين:

الأول: وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً ذلك أن هدف المشتري من الشراء هو الانتفاع بالشيء وحتى يتحقق هذا الهدف فقد ألزم المشرع البائع بأنه يسلمه الشيء بما يحقق انتفاع المشتري بالمبيع ويكون ذلك عن طريق وضع المبيع تحت تصرف المشتري حتى تتحقق له حيازة المبيع والانتفاع به دون عائق، وهو ما يستوجب أن يزيل أي مانع يحول دون الانتفاع به سواء أكان المانع أو الحائل أو العائق من جانبه (أي البائع) أو من جانب الغير، ويتعين على المشتري أن يتسلم المبيع فالتسليم التزام يقع على عاتق البائع، وفي نفس الوقت فإن التسليم يقع على عاتق المشتري بأن يستولي على المبيع استيلاءً مادياً إذا كان المبيع من الأشياء المادية، ولكن البائع يكون قد أوفي بالتزامه بالتسليم بوضعه للمبيع تحت تصرف المشتري ولو لم يستول عليه الأخير أي ولو لم يتسلمه، مادام البائع قد وضعه تحت تصرفه.

الثاني: أن يعلم البائع المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه أي يخبره أن المبيع تحت تصرفه حتى يتمكن من تسلمه بالفعل فلا يكفي مجرد المبيع تحت تصرف المشتري، وإنما يجب إعلامه بذلك، والحكمة من هذا الإعلام هو منع المنازعة حول علم المشتري أو جهله بوضع المبيع تحت تصرفه، ولتأكيد ذلك أراد المشرع أن يكون الإعلام من جانب البائع نفسه لحسم الخلاف حول هذا الأمر .

ويتم إعلام المشتري بذلك بأي شكل سواء مشافهة أو بخطاب عادي أو مسجل أو بإنذار رسمي، المهم هو أن يتمكن البائع من إثبات قيامه بهذا الأمر حيث يقع على عاتقه عبء إثبات ذلك.

^١ السنهاوري: السابق، رقم ٣٠٦، ص ٧٥٠.

وإذا توافر هذين العنصرين فإن التسليم يكون قد تم ويكون البائع قد أوفى بالتزامه، وتترتب النتائج القانونية على التسليم كانتقال تبعة هلاك المبيع إلى المشتري لأن المشرع السوري يربط تبعة هلاك المبيع بالتسليم بعكس المشرع الفرنسي الذي ربط تبعة الهلاك بالملكية، فإذا لم يتسلم المشتري المبيع بالرغم من توافر هذين العنصرين انتفت مسؤولية البائع ويتحمل المشتري المسؤولية عن الهلاك بالرغم من عدم تسلمه فعلياً فهو يتحمل مغبة تقصيره وإهماله أو تقاعسه عن تسلم المبيع.

نلاحظ في النهاية أن ربط انتقال تبعة الهلاك بالتسليم يقوم على أساس أن المشتري الذي يتسلم البضاعة وتكون في حيازته وتحت تصرفه هو الشخص الذي يمكنه حماية هذه البضاعة، واتخاذ الإجراءات اللازمة لحمايتها أكثر من الطرف الآخر، ولذلك لا بد من تمكين هذا المشتري بصورة قانونية كافية. ويقتضي ذلك التمكين تحديد عملية التسليم بصورة دقيقة تتفق والأثر القانوني الهام لعملية انتقال تبعة الهلاك. ونخلص من ذلك إلى أن اتفاقية لاهاي والأمم المتحدة تضمنتا أحكاماً متباينة بشأن انتقال تبعة الهلاك، حيث نلاحظ أولاً أن اتفاقية لاهاي حددت الأحكام الخاصة بانتقال تبعة الهلاك بالتركيز على القاعدة الخاصة بربط انتقال التبعة بالتسليم. وتضمنت الأحكام التفصيلية الخاصة بذلك، وبينت الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة، وقررت أن تأخر المشتري في تسلم البضاعة لا يؤثر على انتقال التبعة، وقررت أيضاً انتقال التبعة إذا تأخر التسليم بسبب إخلال المشتري بالتزامه بدفع الثمن.

ونلاحظ ثانياً أن اتفاقية الأمم المتحدة قررت المبادئ الخاصة بانتقال تبعة الهلاك بصورة تجديدية تأثرت فيها بقواعد وأعراف التجارة الدولية خاصة قواعد الانكوتيرمز (Incoterms)، وتبعاً لذلك حددت الاتفاقية انتقال تبعة الهلاك وفق الالتزام الأساسي للبائع وهو التسليم وحدود ذلك التسليم في كل نوع من أنواع البيوع الدولية المختلفة، مع مراعاة الالتزامات الفرعية التي يتطلبها نوع البيع الدولي المعين وبصفة خاصة التزام النقل.

واتفاقية الأمم المتحدة حددت انتقال تبعة الهلاك بالنظر إلى مدى اقتران عقد البيع بالنقل، فميزت في هذا الشأن بين البيوع المقترنة بالنقل والبيوع غير المقترنة بالنقل، وعلى ضوء ذلك ربطت انتقال التبعة بالتسليم مع مراعاة حدود ذلك التسليم وفقاً لعلاقته بالتزام النقل، وقد أخذت الاتفاقية في ذلك التحديد بالمعايير الآتية: -

١. مكان التسليم، وفيما إذا كان التسليم في مكان عمل البائع أو في مكان آخر غير مكان عمل البائع.

٢. التسليم للنقل، مع مراعاة المعيار الأول المذكور أعلاه والخاص بتمام التسليم في مكان عمل البائع أو مكان آخر غير عمل البائع.

وهكذا نجد أن اتفاقية الأمم المتحدة بتبنيها للمعايير التي سبق ذكرها الخاصة بتحديد أحكام انتقال تبعة الهلاك قد شملت كافة أنواع البيوع الدولية (بيوع القيام والوصول)، حيث أن كافة البيوع الدولية إما أن تتضمن التزاماً بالنقل أو لا تتضمنه، وإما أن يكون التسليم فيها من مكان عمل البائع أو مكان آخر غير مكان عمل البائع.

ونعتقد أن ربط انتقال تبعة الهلاك بتسليم المبيع مع مراعاة التزامي نقل المبيع ومكان التسليم على النحو الذي سبق ذكره يقوم على أساس مبدأ التوازن بين التزامات طرفي البيع بشكل عام ونظرية تبادل الالتزامات. وتُعَدُّ الأحكام الخاصة بانتقال تبعة الهلاك تطبيقاً عملياً للمبادئ العامة التي تقوم عليها أحكام عقد البيع. ولهذا نرى استبعاد القواعد الاستثنائية الخاصة بانتقال التبعة الواردة في اتفاقيتي لاهاي والأمم المتحدة باعتبار أنها تتعارض مع المبادئ القانونية العامة وتؤثر سلباً على نظرية الالتزامات المتقابلة لأطراف البيع.

ثانياً. كيفية التسليم

تختلف طريقة وضع المبيع تحت تصرف المشتري تبعاً لطبيعة المبيع

أ. في حالة بيع العقار

يتم التسليم بإخلاء العقار والتخلي عن حيازته وعدم مباشرة أي عمل عليه من استعمال أو انتفاع، وتختلف التخلية بحسب طبيعة العقار المبيع، ففي بيع الدور والمنازل أو الشقق، يخلى البائع هذه الأماكن وتسليمها للمشتري سواء أكان الإخلاء بترك البائع إذا كان هو الذي يقطنها أو غيره كما لو كان المكان مؤجراً والإيجار غير نافذ في حق المشتري فيجب إخراج المستأجر، أما إذا كان الإيجار نافذاً قانوناً في حق المشتري فلا يخليها المستأجر ويتعين على الأخير أن يدفع الأجرة للمشتري وليس للبائع. وقد يستلزم الأمر تسليم مفاتيح المنزل أو مستندات الملكية حتى يستطيع المشتري الانتفاع كاملاً بالمكان وإتمام إجراءات نقل الملكية في السجل العقاري.

وإذا كان المبيع أرضاً زراعية فيتم التسليم بإخلائها والامتناع عن زراعتها وتسليمها للمشتري مع مستندات الملكية.

ب. في حالة بيع المنقول

أما إذا كان المبيع منقولاً فيتم تسليم المنقول المبيع بالمناولة إلى المشتري أو من ينوب عنه ويتم ذلك بنقله من محل البائع إلى المشتري وتسليمه في أي مكان آخر لحساب المشتري.

وقد يتم تسليم المنقول بالتخلية كما إذا كان المبيع محصولات لا تزال قائمة في الأرض أو ثماراً على الأشجار فيخلى البائع ما بينهما وبين المشتري ليستولي عليها. وقد يتم التسليم للمنقول بالقيام بإفرازه إذا كان معيناً بالنوع في حضور المشتري أو من ينوب عنه.

١. التسليم الرمزي والتسليم الفعلي

• التسليم الرمزي

قد يتم التسليم ليس بشكل فعلي أو مادي كما سبق وإنما يتم بصورة رمزية كتسليم مفتاح المخزن الموجود فيه المنقولات المبيعة، أو بتسليم سندات الشحن إذا سلم المنقول إلى ناقل وسندات الإيداع إذا كان المنقول مودعاً في أحد المخازن العمومية أو سندات التخزين للمشتري أو تسليم السند إليه إذا كان السند لحامله. وإذا حدث تعارض بين من تسلم المستندات كرمز لاستلام البضاعة وبين مشتري آخر قد تسلم بالفعل هذه البضاعة، في هذه الحالة يُفرض النزاع لصالح المشتري الذي تسلم البضاعة إذا كان حسن النية.

وقد يتم التسليم الرمزي عن طريق وضع المشتري اسمه أو علامته على المنقول. ووفقاً لعجز الفقرة الأولى من المادة ٤٠٣ مدني....

ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

• التسليم الحكمي أو المعنوي أو بمجرد التراضي

تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٠٣ على إنه " يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية".

في هذه الصورة لا يتم التسليم بشكل فعلي أو بصورة مادية وإنما يتم بشكل حكمي أو كما يعرف بالتسليم المعنوي، ويعد هذا التسليم تطبيقاً لما ورد في صدد الحيازة في المادة ٩١٢ مدني التي تنص على إنه " يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه ".

ويتم هذا التسليم الحكمي أو كما يسميه المشرع في المادة ٤٠٣ بالتسليم بمجرد تراضي المتعاقدين، على صورتين:

الصورة الأولى: وهي حالة ما إذا كان الشيء المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أي تحت يده بناء على سند آخر، كما لو كان يحوز بسبب عقد إيجار أو إعاره أو وديعة أو رهن حيازة، ويتم التسليم في هذه الحالة بتغير صفة الحائز بتغير النية، فيتحول الحائز إلى مالك بعد شرائه له وتظل الحيازة المادية له بعد تغير صفته وتنقلب يده على الشيء من حيازة إلى ملكية.

الصورة الثانية: أن يبقى أو يظل المبيع في حيازة البائع هذه المرة بعد البيع، كما كانت قبله ولكن ليس بصفته مالكا للمبيع انتقلت للمشتري بعقد البيع، وإنما بصفته مستأجر العين بعد بيعها وقد كان يقيم فيها أو يظل حائزاً لها بصفته مستعيراً أو مودعاً أو مرتبها رهن حيازة.

تلك هي صور التسليم وإذا قارنا بين أثر كل منهما أو مدى فاعليتها نجد أن أقوى صور التسليم هو التسليم الفعلي فكما سبق القول نجد أن المشرع نص على تقادم دعاوى العجز أو الزيادة في المبيع بسنة تحسب من وقت التسليم الفعلي، بينما نجد التسليم الرمزي أو الحكمي لا يؤدي إلى حماية المشتري

في حالة انتقال حيازة المبيع لشخص من الغير حسن النية، كما لو بيع الشيء مرة أخرى لمشتري آخر وتسلمه وكان حسن النية.

٢. المنقول المعين بالذات والمنقول المعين بالنوع

يكون تسليم الشيء المعين بالذات في الوقت الذي قصده الطرفان المتعاقدان، ويستخلص قصد الطرفين المتعاقدين من شروط العقد وسلوك الطرفين ومن الظروف المحيطة بالعقد، ومن ذلك كله يستنبط الوقت الذي قصد فيه الطرفان نقل ملكية الشيء المبيع ووفقاً لهاتين القاعدتين فإن تبعة الهلاك تنتقل في حالة المبيع غير المعين عند انتقال ملكيته بتعيينه. وفي حالة المبيع المعين تنتقل تبعة الهلاك عند انتقال ملكيته في الوقت الذي قصده الطرفان المتعاقدان .^١

المبيع غير المادي: كما لو تعلق الأمر بحق من الحقوق العينية أو الشخصية، فمثلاً إذا كان حق ارتفاق كحق المرور ويكون التسليم عن طريق تسليم السند المثبت لهذا الحق أو الترخيص للمشتري باستعماله، وإذا كان المبيع حقاً شخصياً كما هو عليه الحال في حوالة الحق، فيكون التسليم عن طريق تسليم المحال له سند الحق لتمكينه من استخدامه في مواجهة المحال عليه، فالتسليم يتم وفقاً لطبيعة الشيء المبيع.

^١ ويتبنى القانون التجاري الأمريكي الموحد قاعدة مختلفة عن القانون الإنجليزي بالنسبة لانتقال تبعة الهلاك حيث يربط القانون المذكور انتقال تبعة الهلاك بالتسليم، ويتضمن في هذا الصدد حكمين بالنظر إلى صفة البائع، فإذا كان البائع تاجراً فإن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشتري بالاستلام الفعلي للبضاعة، وإذا كان البائع غير تاجر فإن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشتري عند عرض التسليم عليه بواسطة البائع ويحدد القانون التجاري الأمريكي تعريف التاجر بأنه الشخص الذي يتعامل في البضائع، كما أن أساس تمييز القانون. بحكم مهنته والذي له معرفة ببيع وشراء البضائع الأمريكي بين البائع التاجر والبائع غير التاجر لأغراض تحديد انتقال تبعة الهلاك هو افتراض علم التاجر بأحكام التسليم وبنائج انتقال تبعة الهلاك أكثر من غيره، وأيضاً حماية للطرف الآخر المتعاقد مع التاجر، ولذلك كان التشديد باشتراط التسليم الفعلي لانتقال تبعة الهلاك في حالة البائع التاجر بينما يكفي مجرد عرض التسليم في حالة البائع غير التاجر. وأرى أن القانون التجاري الأمريكي كان أكثر دقة في تحديد انتقال تبعة الهلاك من قانون بيع البضائع الإنجليزي، وذلك لربطه انتقال تبعة الهلاك بالتسليم أو عرض التسليم حسب صفة البائع، بينما يربط القانون الإنجليزي انتقال التبعة بنقل ملكية البضائع حسب حالة البضائع باعتبار أنه في الأصل يربط التسليم بانتقال الملكية وفي ذلك سلسلة من الأحكام القانونية التي تترتب على بعضها وكان يمكن توحيدها بربط انتقال تبعة الهلاك بالتسليم مباشرة.

الفقرة الثانية. مكان التسليم وزمانه

أولاً. مكان التسليم

لم ينظم المشرع الأحكام المتعلقة بمكان أو زمان التسليم للمبيع ضمن النصوص الخاصة بعقد البيع وإنما اكتفى بالأحكام العامة الواردة في القواعد العامة في باب الالتزامات ومع ذلك نص على مكان وزمان التسليم في صدد البيع في المادة ٤٣١ مدني:

تنص المادة ٣٤٥ من التقنين المدني على أنه:

١- إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

٢- أما في الالتزام الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال.

وكذلك تنص المادة ٤٣١ مدني على أنه: " إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن ".

تتفق أغلب التشريعات في تحديد القاعدة الخاصة بمكان التسليم في عقد البيع بصورة عامة والتي تقرر أن يَتِمَّ التسليم في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت إبرام العقد، بشرط ألا يتضمن العقد نصاً يقضي بتسليم المبيع في مكان معين، حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع في المكان المعين المتفق عليه في العقد. ويقرر الفقه الإسلامي بأن مكان تسليم المبيع في عقد البيع بصورة عامة هو المكان الذي يوجد فيه.

والقانون المدني السوري يحدد أيضًا مكان تسليم المبيع في عقد البيع في المكان الذي يكون المبيع موجودًا فيه وقت انعقاد العقد إذا كان المبيع شيئًا معينًا بالذات، ويأخذ القانون السوري بهذه القاعدة على أساس افتراض أنَّ المنقول يصحب البائع حيث يقيم، فيكون مكان تسليمه في موطن البائع الذي هو أصلًا مكان وجود المبيع وقت إبرام العقد. إضافة إلى ذلك فإن القانون السوري يقرر حكمًا خاصًا بالنسبة للحالات التي تتطلب تصدير المبيع إلى المشتري في مكان غير المكان الذي هو فيه، ففي هذه الحالة يكون مكان التسليم هو مكان وصول المبيع إلى المشتري. والأساس الذي يتم بموجبه تحديد الحالات التي تتطلب تصدير المبيع إلى المشتري هو العرف أو العادة التجارية السائدة ويحدد قانون المعاملات المدنية مكان تسليم المبيع في مكان وجوده وقت إبرام العقد، بشرط ألا يتضمن العقد نصًا يقضي بتسليم المبيع في مكان معين أو يقرر العرف تسليمه في مكان معين، وتبعًا لذلك إذا تضمن العقد نصًا يقضي بتصدير المبيع إلى المشتري، أو إذا قرر العرف ذلك فإن البائع في هذه الحالة يلتزم بتوصيل المبيع إلى المشتري.

أ. القاعدة العامة

تتفق أغلب التشريعات في تحديد القاعدة الخاصة بمكان التسليم في عقد البيع بصورة عامة والتي تقرر أنَّ يتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت إبرام العقد، بشرط ألا يتضمن العقد نصًا يقضي بتسليم المبيع في مكان معين، حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع في المكان المعين المتفق عليه في العقد. ويقرر الفقه الإسلامي بأن مكان تسليم المبيع في عقد البيع بصورة عامة هو المكان الذي يوجد فيه.

والقانون المدني السوري يحدد أيضًا مكان تسليم المبيع في عقد البيع في المكان الذي يكون المبيع موجودًا فيه وقت انعقاد العقد إذا كان المبيع شيئًا معينًا بالذات، ويأخذ القانون السوري بهذه القاعدة على أساس افتراض أنَّ المنقول يصحب البائع حيث يقيم، فيكون مكان تسليمه في موطن البائع الذي هو

أصلاً مكان وجود المبيع وقت إبرام العقد. إضافة إلى ذلك فإن القانون السوري يقرر حكماً خاصاً بالنسبة للحالات التي تتطلب تصدير المبيع إلى المشتري في مكان غير المكان الذي هو فيه، ففي هذه الحالة يكون مكان التسليم هو مكان وصول المبيع إلى المشتري. والأساس الذي يتم بموجبه تحديد الحالات التي تتطلب تصدير المبيع إلى المشتري هو العرف أو العادة التجارية السائدة ويحدد قانون المعاملات المدنية مكان تسليم المبيع في مكان وجوده وقت إبرام العقد، بشرط ألا يتضمن العقد نصاً يقضي بتسليم المبيع في مكان معين أو يقرر العرف تسليمه في مكان معين، وتبعاً لذلك إذا تضمن العقد نصاً يقضي بتصدير المبيع إلى المشتري، أو إذا قرر العرف ذلك فإن البائع في هذه الحالة يلتزم بتوصيل المبيع إلى المشتري .

ب. الاحكام الخاصة

أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالنوع فإن مكان التسليم هو موطن البائع أو في مركز إعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال ويأتي هذا تطبيقاً للقاعدة العامة في الوفاء بالدين والتي تقضى بأن الدين يطلب ولا يحمل، فعلى الدائن أن يطلب الدين من المدين في موطنه.

^١ أما قانون بيع البضائع الإنجليزي فقد تبنى معيار اتفاق الطرفين أساساً لتحديد مكان التسليم. فإذا اتفق الطرفان في العقد على طريقة التسليم، وحددت هذه الطريقة مكان التسليم صراحة أو ضمناً فإن البائع يلتزم بالتسليم في المكان المتفق عليه. وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على مكان معين للتسليم فإن التسليم يكون في مكان عمل البائع إذا كان له مكان عمل واحد. أما إذا كان له أماكن عمل متعددة فإن مكان التسليم يكون في محل إقامته. وفي حالة تعلق العقد ببضائع معينة ويعلم الطرفان وقت إبرام العقد أن هذه البضائع في مكان آخر محدد فإن مكان التسليم في هذه الحالة يكون ذلك المكان الذي توجد فيه البضائع.

وإذا تعين في عقد البيع محل لوجود المبيع فيه غير محل وجوده الحقيقي، فيكون هذا التعين ملزماً للبائع بنقل المبيع إلى محل المعين إذا طلب المشتري ذلك، وفي حالة ما إذا لم يمكن النقل أو ترتب عليه تأخير مضر بالمشتري يكون له الحق في فسخ البيع.

تسري هذه الأحكام المتعلقة بمكان التسليم في حالة عدم وجود اتفاق على مكان التسليم أو عرف يحدد مكان التسليم، وبالتالي مكان التسليم هو الذي يُحدّد بالاتفاق أو العرف وإن لم يوجد هذا ولا ذاك تطبق الأحكام السابق ذكرها.

ت. تنظيم مكان التسليم في البيوع الدولية

قررت اتفاقية لاهاي ابتداءً ثلاث حالات لتحديد مكان التسليم على النحو التالي:

أولاً: حالة البيع الدولي المقترن بعملية نقل البضائع مع عدم الاتفاق على مكان معين للتسليم. وفي هذه الحالة يكون مكان التسليم هو مكان تسليم البضاعة للناقل لتوصيلها إلى المشتري. ويقتضي ذلك أن يَتمّ التسليم وفق المفهوم المحدد له في الاتفاقية، وهو المناولة (Handing over)

ثانياً: حالة البيع الدولي غير المقترن بعملية نقل البضائع. وفي هذه الحالة يكون مكان التسليم هو مكان عمل البائع في وقت إبرام العقد، وفي حالة عدم وجود مكان عمل للبائع. يكون مكان التسليم هو مكان إقامة البائع المعتاد، وهذه القاعدة تنطبق على البيع EXW

ثالثاً: حالة البيع الدولي الذي يتعلق ببضائع معينة، ويعلم الطرفان أن البضائع موجودة في مكان معين وقت إبرام العقد، فإن مكان التسليم في هذه الحالة يكون هو مكان وجود البضاعة. وتنطبق هذه القاعدة في حالة تعلق العقد ببضائع غير معينة سيتم أخذها من كمية محددة أو سوف تصنع أو تنتج ويعلم الطرفان بذلك في وقت إبرام العقد ونلاحظ أن هذه القاعدة تماثل القاعدة المقررة في قانون بيع

البضائع الإنجليزي الخاصة بمكان التسليم في حالة تعلق العقد ببضائع معينة أو غير معينة ستسحب من كمية محددة أو سوف تصنع أو تنتج.

واتفاقية الأمم المتحدة لم تخرج كثيرًا عن الإطار العام الذي وضعته سابقتها اتفاقية لاهاي في تحديدها للقواعد الخاصة بمكان التسليم في البيع الدولي، وإن كانت قد اختلفت معها جزئيًا في بعض التفاصيل الخاصة بهذا التحديد، إلا أنها تبنت الشكل العام للتصنيف الذي تبنته اتفاقية لاهاي في هذا الشأن، والذي يقوم على تصنيف البيع الدولي إلى نوعين:

المقترن بالنقل، وغير المقترن بالنقل. ووفقًا لذلك التصنيف تضمنت الاتفاقية الأحكام الآتية أولاً: في حالة عقد بيع البضائع الدولي الذي يتضمن التزامًا بنقل البضائع فإن مكان التسليم يكون هو المكان الذي يتم فيه تسليم البضائع إلى أول ناقل لإرسالها إلى المشتري تنفيذًا لعقد البيع وليس لأي غرض آخر، ويكون البائع قد أوفى بالتزامه بتسليمه البضائع إلى أول ناقل حتى ولو تعدد الناقلون ثانيًا: في حالة عقد بيع البضائع الدولي الذي لا يتضمن التزامًا بنقل البضائع، ويتعلق العقد ببضائع محددة أو بضائع معينة بالجنس ستسحب من مخزون محدد أو ستصنع أو ستنتج ويعلم الطرفان وقت إبرام العقد أنّ البضاعة موجودة في مكان معين. فإن مكان التسليم يكون هو المكان الذي توضع فيه البضاعة تحت تصرف المشتري في ذلك المكان المعين وهو مكان وجود البضاعة.

والجدير بالذكر أنّ تبني اتفاقية الأمم المتحدة ومن قبلها اتفاقية لاهاي وقانون بيع البضائع الإنجليزي لقاعدة مكان وجود البضاعة أو مكان صنعها أو إنتاجها يتفق مع التفسير السليم لقصد الطرفين، ذلك أنّ عدم اتفاق البائع والمشتري على تحديد مكان معين غير المكان الذي توجد فيه البضاعة أو مكان صنعها أو إنتاجها يقوم قرينة على أنّ هنالك اتفاقًا ضمنيًا بأن يكون مكان تسليم البضاعة هو مكان وجودها أو صنعها أو إنتاجها ثالثًا: في حالة عقود بيع البضائع الدولية الأخرى التي

لا تتدرج تحت أي من القاعدتين المذكورتين في "أولاً" و "ثانياً" فإن مكان التسليم في هذه الحالة يكون هو مكان وضع البضاعة تحت تصرف المشتري في المكان الذي توجد فيه منشأة البائع وقت إبرام العقد.

ونلاحظ أنَّ اتفاقيتي لاهاي والأمم المتحدة قد اتفقتا على تحديد مكان التسليم في البيوع حيث تحددان مكان التسليم بالمكان الذي يتم فيه (C)، الدولية المقترنة بالنقل مثل بيوع العائلة تسليم البضائع للناقل. وبالنسبة للبيوع الدولية غير المقترنة بالنقل فإن الاتفاقيتين اتخذتا موقفاً متبايناً في التصنيف واتفقتا موضوعياً في التحديد. حيث نجد أنَّ اتفاقية لاهاي حددت مكان التسليم بصورة عامة على إنَّه مكان عمل البائع. أما اتفاقية الأمم المتحدة فإنها تدمج ضمن تصنيف البيوع الدولية غير المقترنة بالنقل حالة تعلق العقد ببضائع محددة أو معينة أو ستصنع أو تنتج ويعلم الطرفان مكان وجودها وقت إبرام العقد... في حين نجد أنَّ اتفاقية لاهاي حددت هذه الحالة الأخيرة والخاصة بتعلق العقد ببضائع معينة أو محددة على النحو الذي سبق ذكره

كحالة مستقلة عن البيع المقترن بالنقل.

كما نعتقد أنَّ قيام اتفاقية الأمم المتحدة بدمج حالة تعلق العقد ببضائع معينة أو محددة ضمن تصنيف البيوع المقترنة بالنقل جاء أكثر دقة وشمولية، ذلك أنَّ البيوع التي لا تتضمن التزاماً بالنقل تتعلق غالباً ببضائع معينة أو محددة ويعلم الطرفان في وقت إبرام العقد مكان وجودها، وهذا أصوب من تحديد كل حالة بصورة مستقلة عن الأخرى كما فعلت اتفاقية لاهاي. وأرى في هذا الصدد أنَّ اتفاقية الأمم المتحدة وضعت قاعدة عامة وشاملة تطبق على كافة أنواع البيوع الدولية التي لا تتدرج تحت زمرة الطائفتين اللتين حددتهما الاتفاقية، وقررت في هذا الشأن بأن مكان التسليم هو مكان عمل البائع.

ثانياً. زمان التسليم

أ. تنظيم زمن التسليم في القانون السوري

وفقاً للقواعد العامة في الالتزامات فإن التسليم يجب أن يتم فور العقد أي بمجرد تمام البيع، فالمادة

٤٣١ مدني تنص على أنه:

(١) يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاقاً أو نص

يقضى بغير ذلك.

معنى ذلك إنّه إذا كان هناك اتفاق بين المتعاقدين يحدد زمان التسليم فإنّه يجب أن يتم التسليم في

هذا الوقت وتكون الأولوية للعمل بهذا الاتفاق، وإذا لم يوجد اتفاق، وكان هناك عرف يحدد وقت التسليم

فإنّه يرجع إلى هذا العرف، كما هو الحال في كثير من البيوع التجارية.

وإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف يحدد زمان التسليم فإن وقت التسليم يكون هو وقت البيع، ويجب

بالإضافة إلى ذلك مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف. تنص المادة ٤٠٤ من

التقنين المدني على أنه: " إذا وجب تصدير المبيع للمشتري في يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد

اتفاق يقضى بغير ذلك ".

يعالج هذا النص حالة الأشياء الواجب تصديرها للمشتري، فهل يتم تسليمها عند شحنها وهو عبارة

عن موطن البائع المدين بالتسليم، أم يتم تسليمها عند تفريغها وهي عبارة عن موطن للمشتري الدائن

بالتسليم، نجد أن النص قد حدد مكان التسليم بأنه هو وقت وصول المبيع للمشتري أي في محطة التفريغ،

وهذا يعد خروجاً على القواعد العامة في التسليم التي تقضى بأن يكون فور العقد، هذا إذا لم يكن هناك

اتفاق على وقت التسليم في الأشياء المصدرة فإذا كان هناك اتفاق يحدد زمان التسليم فتكون الأولوية له.

ويكثر التعامل بمثل هذه الحالات في مجال عقود بيع البضائع الدولية. ومع ذلك نجد أن هذه العقود تتضمن غالبًا تاريخًا محددًا للتسليم حسب توقع البائع بتاريخ حصوله على البضائع أو إنتاجها أو تصنيعها .

ومسألة تحديد المدة المعقولة هي مسألة تقديرية يكون تحديدها من الظروف والملابسات المحيطة بالعقد وطبيعة البضائع ومدى تعرضها للتلف خلال فترة معينة، وغير ذلك من الظروف الأخرى. وعلى هذا فإن الاتفاق على تحديد زمان معين للتسليم في عقد بيع البضائع يُعد جوهر وأساس العقد حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد ولكن يمكن استخلاصه من بنود العقد.

وتبعًا لذلك فإن الأصل أن يلتزم البائع بالتسليم في التاريخ المحدد أيًا كان مصدر هذا التحديد سواء كان الاتفاق أو العرف أو المدة المعقولة في حالة عدم الاتفاق. إلا إنَّه في بعض الحالات قد لا يتمكن البائع من تنفيذ التزامه بالتسليم في التاريخ المحدد لظروف خارجة عن إرادته وسيطرته، مثل الإضرابات أو إصدار تشريعات أو قرارات وطنية داخلية تمنع تصدير سلعة معينة. فما هو حكم تلك الحالات وهل تعفي تلك الظروف البائع من تنفيذ التزامه بالتسليم في التاريخ المحدد؟ إن الذي يحكم ذلك هو العقد نفسه، فإذا كان البائع حريصًا من قبل وضمن العقد نصًا يقضي بإعفائه من تنفيذ التزامه بالتسليم في التاريخ المحدد إذا حدث ظرف طارئ أو قوة قاهرة، فإن ذلك النص يعفي البائع من المسؤولية. أما إذا لم يتضمن العقد هذا النص، فإن البائع يكون مسؤولًا عن تنفيذ التزامه كاملاً بالتسليم في التاريخ المحدد ما لم تكن نظرية الاستحالة هي الواجبة التطبيق نتيجة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة.

^١ قانون بيع البضائع الإنجليزي يحدد زمان التسليم على أساس الاتفاق، وينص في هذا الشأن على أن ميعاد تسليم البضائع هو الميعاد الذي يتفق عليه الطرفان في العقد. وإذا لم يتضمن العقد اتفاقًا على ميعاد التسليم يلتزم البائع بتسليم البضائع خلال مدة معقولة.

ب. تنظيم زمن التسليم في البيوع الدولية

وتضمنت اتفاقية لاهاي والأمم المتحدة أحكامًا خاصة بتحديد زمان التسليم في عقد بيع البضائع

الدولي، حيث وضعت اتفاقية لاهاي ابتداءً قاعدتين لتحديد زمان التسليم، هي:

أولاً: إذا اتفق الطرفان على ميعاد معين للتسليم، أو إذا قضى العرف بالتسليم في ميعاد معين. فإن البائع يلتزم بالتسليم في ذلك الميعاد دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات شكلية مثل الإخطار، ووفقاً لهذه القاعدة فإن البائع يلتزم بالتسليم في التاريخ المحدد وفق جدول زمني أو وفقاً لحدث معين، والتاريخ يتم تأكيده بواسطة البائع والمشتري.

ثانياً: إذا اتفق الطرفان أو إذا قضى العرف بالتسليم خلال فترة معينة، مثل النص: على أن يتم التسليم خلال شهر معين (يناير)، أو موسم معين (موسم الشتاء)، ففي هذه الحالات يكون تحديد زمان التسليم بواسطة البائع ما لم تتطلب الظروف أن يكون ذلك التحديد بواسطة المشتري.

وتضمنت اتفاقية الأمم المتحدة أحكاماً مماثلة للأحكام التي تضمنتها اتفاقية لاهاي بالنسبة لتحديد زمان التسليم غير أنها أضافت حكماً آخر للأحكام التي قررتها الاتفاقية المذكورة.

وقررت اتفاقية الأمم المتحدة في هذا الشأن ثلاث حالات لتحديد زمان التسليم في البيع الدولي، هي أولاً: إذا تضمن العقد نصاً يقضي بالتسليم في تاريخ محدد أو يبين كيفية تحديد هذا التاريخ، فإن البائع يلتزم بالتسليم وفق ما يقضي به العقد. فإذا لم يتضمن العقد نصاً يحدد تاريخ التسليم أو يبين كيفية تحديده يلتزم البائع بالتسليم وفق الميعاد الذي يحدده العرف.

ثانياً: إذا تضمن العقد نصاً يقضي بالتسليم خلال فترة معينة أو إذا قضى العرف بذلك: مثال أن يكون التسليم خلال شهر أكتوبر من عام ٢٠٠٠ م، أو إذا كان يمكن استخلاص ذلك التحديد من الظروف المحيطة بالعقد. فإن للبائع في هذه الحالة تحديد التاريخ الذي يتم فيه التسليم، أي اليوم الذي يتم

فيه ذلك، وذلك كله ما لم يثبت من ظروف العقد أن حق الاختيار للمشتري، وفي هذه الحالة للمشتري إخطار البائع بيوم التسليم

ثالثًا: إذا لم يتضمن العقد نصًا يحدد زمان التسليم ولا يوجد عرف يقضي بالتسليم في تاريخ ويكون محدد، يلتزم البائع في هذه الحالة بالتسليم خلال فترة معقولة بعد إبرام العقد

تحديد الفترة المعقولة بواسطة القاضي من الظروف والملابسات المحيطة بالعقد. ونلاحظ أن المصدر الأساسي لتحديد زمان التسليم في البيع الدولي وفقًا لاتفاقيتي لاهاي والأمم المتحدة هو الاتفاق، حيث يُعد الأصل في بيان التاريخ الذي يجب أن تسلم فيه البضائع، والذي يجب تنفيذه بصورة مستقلة دون الحاجة إلى اتباع إجراءات شكلية أخرى. والمصدر الذي يلي الاتفاق لأغراض هذا التحديد هو العرف. فإذا كان العرف يقضي بالتسليم خلال فترة معينة يجب على البائع الالتزام بهذا التحديد العرفي. وتجدر الإشارة إلى أن كلا من الاتفاقيتين الدوليتين تعطي الحق للبائع في تحديد زمان التسليم خلال هذه الفترة التي يحددها العرف. وينطبق نفس الوضع إذا اتفق الطرفان على التسليم خلال فترة معينة، حيث يكون تحديد التاريخ بواسطة البائع.

كما ونعتقد أن إعطاء الحق للبائع في تحديد زمان التسليم خلال الفترة التي يحددها العرف أو الاتفاق يقوم على مبدأ افتراض الموافقة الضمنية من جانب المشتري بإعطاء الحق للبائع بالتسليم في الوقت الذي يراه مناسبًا، ويتمكن فيه من التسليم خلال المدة المحددة بالاتفاق أو العرف، وهذا ما نستخلصه من تحديد فترة زمنية متراخية وعدم تحديد تاريخ قاطع يتم التسليم خلاله، وذلك كله ما لم يكن هنالك اتفاق بإعطاء حق اختيار الوقت للمشتري.

والمصدر الثالث لتحديد زمان التسليم انفردت بالنص عليه اتفاقية الأمم المتحدة، والغرض منه هو معالجة حالات البيوع الدولية التي لا تتضمن مصدرًا يحدد زمان التسليم سواء كان بالاتفاق أو العرف،

أي لا يوجد نص في العقد يحدد التاريخ أو كيفية تحديده ولا يوجد عرف أيضًا يحدد ذلك أو كيفية تحديده، ففي هذه الحالات يكون التسليم خلال فترة معقولة بعد إبرام العقد .^٤

ومفهوم التعويض الاتفاقي الذي يترتب على تأخير التسليم هو التزام البائع بدفع تعويض بنسبة معينة عن كل يوم تأخير عن اليوم الذي يجب أن تسلم فيه البضائع.

وقد يتضمن العقد النموذجي شرطًا إضافيًا آخر يعطي المشتري الحق في إنهاء العقد في حالة تأخر تسليم البضائع لفترة محددة حسب نوع البضائع موضوع العقد. ومن تطبيقات ذلك: الشروط الواردة بالعقد النموذجي الصادر من مركز التجارة الدولي الذي يتبع لمنظمة التجارة الدولية ومؤتمر الأمم المتحدة للتنمية والتجارة والعقد خاص ببيع البضائع القابلة للتلف.

ووفقًا للنص الوارد بعقد البيع النموذجي للبضائع القابلة للتلف، فإن البائع يلتزم بدفع تعويض بنسبة ٠,٥ % (ما لم يتفق الأطراف على نسبة أخرى) من قيمة البضاعة موضوع العقد عن كل يوم تأخير عن الميعاد المتفق عليه للتسليم، بشرط أن يقوم المشتري بإخطار البائع بالتأخير مع مراعاة أي مد للمدة نتيجة القوة القاهرة.

وقد حدد النص أيضًا نسبة محددة كحد أقصى للتعويض وهي نسبة ٢٠ % من قيمة البضاعة موضوع العقد، باعتبار أن وصول التعويض إلى هذه النسبة يعني أن تأخير التسليم امتد كثيرًا وأنه أصبح يقينًا تعذر التسليم. ولهذا لا بد من النظر للجزاءات الأخرى غير التعويض الاتفاقي المقررة للمشتري في حالة إخلال البائع بالتزامه بالتسليم. كذلك يقرر النص حق المشتري في إنهاء العقد في حالة تأخر التسليم

^١ أن اتفاقية الأمم المتحدة بتحديد الفترة المعقولة للتسليم تكون قد أكملت بهذه القاعدة النقص الموجود في اتفاقية لاهاي. واهتمت عقود بيع البضائع الدولية النموذجية بزمان التسليم بصفة خاصة، وتضمنت بنودًا خاصًا بتحديد زمان التسليم في العقد، ويلتزم الأطراف بهذا التحديد. ومن ناحية أخرى فقد حددت تلك العقود شرطًا جزائيًا في حالة تأخير التسليم عن الميعاد المتفق عليه وهو التعويض الاتفاقي، ويرد في صورة بند نموذجي يُضمن في العقد ويتفق الأطراف على تحديده قيمته.

لمدة أربعة عشرة يومًا من التاريخ المتفق عليه، فيما عدا في حالة العائق المؤقت نتيجة القوة القاهرة، وذلك كله ما لم يتفق الأطراف على تحديد مدة أخرى أو مد المدة المقررة للتسليم.

ويُعد بند زمان التسليم المضمن في عقود بيع البضائع الدولية النموذجية مصدرًا اتفاقيًا من مصادر تحديد زمان التسليم في البيع الدولي، وكذلك الشرط الجزائي الملحق ببند زمان التسليم كجزاء للإخلال به. وتجدر الإشارة إلى أن تضمين هذا البند في العقود النموذجية ضروري للغاية خاصة في بعض البيوع الدولية التي ترتبط وتتبع لبعض العقود الأخرى مثل عقود المقاولات، حيث يستلزم عقد المقاولات استيراد مواد بناء وأدوات وغيرها، وتتوقف مدة تنفيذ المقاولات على تسليم تلك المواد والأدوات، ولهذا يصبح من الضروري تحديد تاريخ معين للتسليم وتعويض اتفاقي في حالة الإخلال به.

ونخلص من كافة الأحكام التي استعرضناها الخاصة بالتزام البائع بتسليم البضائع إلى أن هذا الالتزام يُعد الالتزام الأول والأساسي للبائع في البيع الدولي، وهو الالتزام الذي تقوم عليه وتلتقي عنده التزامات البائع الأخرى، وهو أيضًا الالتزام الرئيسي والهام الذي تقابله التزامات المشتري وترتبط معه في إطار نظرية الالتزامات المتقابلة لطرفي البيع الدولي.

ونتيجة لذلك كان للتسليم وضعًا قانونيًا مستقلا ومتكاملا كالالتزام قانوني قائم بذاته يرتبط غيره به ولا يرتبط هو بغيره، ويتبع غيره له ولا يتبع هو لغيره.

وإزاء هذا كله نخلص ابتداءً إلى أن المفهوم القانوني للتسليم لا بد أن يكون شاملاً لا ودقيقاً بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري بصورة تمكنه من الانتفاع بها وإخطار المشتري بذلك، مع توافر شروط التسليم الأخرى التي سبق ذكرها. وقد سبق أن رأينا في هذا الصدد إنه كان من الأصوب أن تتضمن الاتفاقيتان الدوليتان وبصفة خاصة اتفاقية الأمم المتحدة باعتبارها الاتفاقية الأحدث تعريفاً متكاملاً للتسليم وتحديداً لشروط التسليم على نحو شامل ومتكامل يغني عن الرجوع إلى التشريعات الوطنية.

ويتضح لنا أن التسليم بمفهومه القانوني الشامل وشروطه اللازمة يترتب أهم الآثار القانونية الخاصة بالبيع الدولي، ومن تلك الآثار تبعة الهلاك التي تنتقل بمجرد التسليم، ويختلف تحديد ذلك الانتقال باختلاف أنواع البيوع الدولية تبعاً لحدود التسليم في كل منها.

ويتبين لنا أن التسليم هو الالتزام المقابل للالتزام المشتري بدفع الثمن، وهو الالتزام الملازم له من ناحية الوقت ويرتبط به ارتباطاً وثيقاً كالالتزام تبادلي أساسي له. وينتج عن هذه العلاقة أثر قانوني مهم هو حق البائع في حبس المبيع حتى الوفاء بالثمن. وتوصلنا في هذا الشأن إلى أن هنالك علاقة قانونية ثلاثية بين التسليم وانتقال تبعة الهلاك ودفع الثمن، حيث أن كل منها يرتبط بالآخر ويرتب آثاراً قانونية نتيجة علاقته بالآخر.

ونخلص أيضاً إلى إنّه لتنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم كاملاً يجب أن يكون التسليم بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري وإخطاره بذلك في المكان والزمان المحددين. وتبين لنا أن تحديد مكان التسليم في البيع الدولي يقوم على مدى اقتران البيع بالالتزام فرعي آخر وهو النقل، وتبعاً لذلك يتم تحديد مكان التسليم. وفي حالة عدم اقتران البيع بالنقل يكون تحديد مكان التسليم على أساس الموازنة بين مكان عمل البائع ومكان وجود البضاعة وفق الأسس التي سبق ذكرها.

ونتوصل في هذا الشأن إلى أن المعيار الأساسي لتحديد مكان التسليم هو التزام النقل، والذي بموجبه يتحدد مكان التسليم. وبالنسبة لزمان التسليم فقد رأينا أن ضوابط تحديده تختلف عن ضوابط تحديد مكان التسليم، حيث أن الأصل في تحديد زمان التسليم هو الاتفاق ومن ثم يأتي بعده العرف. وفي حالة خلو العقد من الاتفاق أو العرف يكون التحديد على أساس النظرة التقديرية للقاضي التي تقوم على تحديد فترة معقولة للتسليم بناء على الظروف والملابسات المحيطة بالعقد.

ونخلص أخيرًا إلى أن تحديد مكان التسليم يركز بصورة أساسية على نوع عقد بيع البضائع الدولي وفق طبيعة الالتزام الذي يتضمنه مع مراعاة مكان عمل البائع ومكان وجود البضاعة. أما تحديد زمان التسليم فإنه يختلف عن تحديد المكان، حيث إنّه يقوم بصورة أساسية على الاتفاق أو العرف أو المدة المعقولة، وهي مسائل لا تتعلق بشكل جوهري بنوع البيع الدولي أو الالتزام الذي يتضمنه، وذلك فيما عدا التحديد العرفي الذي ينبغي فيه مراعاة كافة أنواع العرف.

الفقرة الثالثة. مصاريف التسليم

أولاً. تحمل البائع نفقات التسليم

تشمل مصاريف التسليم النفقات التي تصرف على المبيع في نقله إلى مكان التنفيذ كأجرة نقله لمحل التسليم ونفقات مقاسه أو وزنه أو عده أو تعيين حجمه ومصاريف حزمه وفقا لما يستفاد من نصوص القانون المدني الحالي.

وكذلك تشمل مصاريف التسليم المصاريف اللازمة لإنشاء الحق أو نقله إذا كان المبيع غير مادي. يتحمل البائع نفقات تسليم المبيع وفقا للقواعد العامة لأنه المدين بالتسليم فهو الذي يتحمل نفقات التسليم، فوفقاً للمادة ٣٤٦ مدني " تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ".

لكن قد يوجد اتفاق بين الطرفين بشأن من يتحمل نفقات المبيع، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق تكون الأولوية له ويعمل به كما لو اتفق الطرفان على تحميل المشتري بهذه النفقات أو جعلها مناصفة بين البائع والمشتري.

وكذلك قد يوجد نص يحدد من يتحمل هذه النفقات وفي هذه الحالة يعمل به، وإذا لم يوجد هذا ولا ذاك فإن البائع هو الذي يتحمل هذه النفقات.

وتختلف نفقات التسليم عن نفقات التسلم التي يلتزم بها المشتري على نحو ما سنوضحه عند دراسة التزامات المشتري.

ثانياً. جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم

إذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم وفقاً لمضمون الالتزام كما بينا آنفاً - كما لو لم يتم بوضع المبيع وملحقاته تحت تصرف المشتري في الوقت والمكان الواجب التسليم فيهما، أو لم يسلمه بالحالة الواجب تسليمه عليها، وكان للمشتري بعد أعذار البائع أن يطالب إما بالتنفيذ العيني أو أن يطلب فسخ العقد مع التعويض في الحالتين وذلك على النحو التالي:

أ. التنفيذ العيني

يأتي هذا الجزاء تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضى بأنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، فإنه يجوز للمتعاقد الآخر بعد أعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو الفسخ مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

ومن المعروف إنه يشترط للتنفيذ العيني أن يكون هذا التنفيذ ممكناً بأن يكون تسليم العين المبيعة ممكناً وإذا لم يمكن التنفيذ العيني فإنه لا يتبقى أمام المشتري إلا أن يطلب التنفيذ عن طريق التعويض طالما لم يثبت أن استحالة التنفيذ العيني كان بسبب أجبن عن البائع.

ب. فسخ العقد

للمشتري أن يطلب فسخ البيع لإخلال البائع بالتزامه بالتسليم، وللقاضي حرية قبول الفسخ أو رفضه وبصفة خاصة إذا كان ما لم يوف به البائع قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في مجمله، كما أن للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك وفقاً للمادة ١٥٨ مدني، ما لم يكن هناك في العقد نص باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه.

ووفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية، فقد نصت على حق المشتري في الفسخ بالنسبة لإخلال البائع بالتزاماته بوجه عام، كما يجب سماع دعوى الفسخ في عقد البيع بصورة عامة خلال فترة زمنية معينة، وهي سنة من تاريخ تسليم المبيع. وهذه الفترة الزمنية من تاريخ التسليم وربطها به أمر معقول، باعتبار أن التسليم هو الالتزام الأساسي الذي على ضوئه يتم تحديد سير تنفيذ الالتزامات الأخرى، وفترة السنة كافية لتحديد ما إذا كان هنالك إخلال أم لا، والهدف من ذلك التحديد هو استقرار البيوع الدولية وتقادي الاضطراب والقلق الذي يستمر لفترة طويلة بعد التسليم.

أما اتفاقية لاهاي فقد حددت مجالات تطبيق الفسخ في البيع الدولي بالنسبة لكل التزام على حدة، حيث قررت حق المشتري في فسخ العقد في حالة إخلال البائع بزمان التسليم على أن يشكل ذلك الإخلال مخالفة جوهرية، وبشرط أن يخطر المشتري البائع بذلك الإخلال خلال فترة معقولة

وبالنسبة لإخلال البائع بمكان التسليم فقد أعطت الاتفاقية المشتري الحق في فسخ العقد بشرط أن يشكل إخلال البائع مخالفة جوهرية، وأن يكون مصحوباً بمخالفة جوهرية بزمان التسليم وتنطبق نفس القاعدة على إخلال البائع بالالتزام المطابقة، حيث قررت الاتفاقية حق المشتري في الفسخ بشرط أن يكون مقترناً ذلك الإخلال بإخلال البائع أيضاً بزمان التسليم.

يبدو أن اتفاقية لاهاي تبنت معيار الإخلال المركب لتقرير الفسخ، وهو أن تكون المخالفة جوهرية ومصحوبة بمخالفة أخرى بزمان التسليم. أما اتفاقية الأمم المتحدة فقد تبنت شرط المخالفة الجوهرية كحالة منفردة لتقرير الفسخ، وأيضاً شرط إصرار البائع على عدم التسليم رغم منح المشتري مهلة إضافية للتنفيذ. ونلاحظ أن ضوابط الفسخ المحددة في الاتفاقيتين الدوليتين جاءت بصورة موحدة إلا أنها كانت أكثر تنسيقاً وشمولية في اتفاقية الأمم المتحدة، وهي في كلتا الاتفاقيتين تُعدُّ ضوابط مشددة قصد منها تقادي الفسخ وعدم تقريره إلا في حالات خاصة لا يمكن فيها الاستمرار في تنفيذ العقد، وذلك بفوات المنفعة الأساسية التي أبرم العقد من أجلها أو بالتيقن.

ت. التعويض

يكون للمشتري فضلاً عن طلب تنفيذ العقد أو فسخه أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة لإخلال البائع بالتزامه بالتسليم إلى جانب التنفيذ العيني إذا اختاره أو إلى جانب الفسخ إذا اختار طلب الفسخ.

تنص المادة ٤٠٥ من القانون المدني على أنه:

"إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهالك بعد أعذار المشتري لتسليم المبيع".

قد يحدث أن يهلك المبيع قبل تسليمه للمشتري كاحتراق السيارة قبل تسليمها وتتلق تلفاً كاملاً، فمن الذي يتحمل تبعه الهالك.

الحقيقة أن الهالك قد يكون بسبب أجنبي عن البائع، وقد يكون بفعل أو خطأ البائع أو بفعل المشتري، وقد يحدث الهالك قبل تسليم المبيع وقد يحدث بعد تسليم المبيع، وقد يكون الهالك كلياً وقد

يكون الهلاك جزئياً فقط، فما هو حكم هذا الهلاك أو من الذي يتحمل تبعه هلاك المبيع هل البائع أم المشتري، وما هو الحكم في القانون الفرنسي، وما حكم الهلاك وفقاً للقواعد العامة أو هلاك المبيع؟

ثالثاً. أحكام هلاك المبيع عند التسليم

مصطلح انتقال تبعه الهلاك هو التعبير المستخدم في أغلب التشريعات الوطنية، ويقابل مصطلح انتقال المخاطر في بعض التشريعات الأخرى مثل القانون الإنجليزي، ويقابل أيضاً تعبير ضمان الهلاك في الفقه الإسلامي. ومصطلح تبعه الهلاك يعني: الخطر الخاص الذي يتحدد على أساسه التزام أحد طرفي العقد بتحمل التلف أو النقص أو الهلاك الكلي أو الجزئي الذي يصيب الشيء محل العقد نتيجة للحدث المفاجئ أو القوة القاهرة وتنبأين التشريعات الوطنية بصورة عامة في تحديدها لمسألة انتقال تبعه الهلاك في عقد البيع بصورة عامة، فهناك تشريعات تحدد انتقال تبعه الهلاك من البائع إلى المشتري فور إبرام العقد مثل القانون السويسري، وهناك تشريعات تربط انتقال تبعه الهلاك بمسألة انتقال الملكية مثل القانون الإنجليزي والقانون الفرنسي ، وهناك تشريعات أخرى تربط هذه المسألة بتسليم المبيع إلى المشتري مثل القانون الألماني والقانون المصري والقانون السوري والجدير بالذكر أن أحكام تبعه الهلاك لا تطبق في عقود بيع البضائع الدولية إلا في حالة عدم وجود نص في العقد يخالفها، أو في حالة عدم

^١ ربط المشرع الفرنسي تبعه هلاك المبيع بانتقال الملكية وليس بالتسليم للمبيع، فجعل تبعه الهلاك يتحملها مالك المبيع وهنا لا يكون الهلاك على المدين بالتسليم، وإنما يقع على عاتق مالك الشيء المبيع، فالملكية وتبعه الهلاك تنتقلان بالعقد ومتى تم العقد الناقل للملكية كالباع والمقايضة انتقلت الملكية إلى المتعاقد الآخر وتحمل تبعه الهلاك بوصفه مالكا، فعند هلاك المبيع يكون السؤال هو من هو مالكه في هذا الوقت لأنه هو الذي يتحمل تبعه الهلاك.

استقرار العرف على ما يخالفها، ففي هاتين الحالتين يطبق النص الخاص أو العرف الخاص بانتقال تبعة الهلاك .^٦

ويزيد الفقه الإسلامي في هذا الصدد بين حالات هلاك المبيع كله أو بعضه قبل القبض أو بعده، ويحدد أسباب الهلاك في الآفة السماوية وهو تعبير فقهي يقابل القوة القاهرة والحادث المفاجئ في التشريع الوضعي أو فعل البائع أو فعل المبيع أو فعل المشتري وقد بين الفقه الإسلامي القاعدة العامة لانتقال تبعة هلاك المبيع كله في حالتين

أ. حكم هلاك المبيع بقوة القاهرة أو حادث فجائي

قبل التسليم

فإذا كان الفعل الذي أدى إلى الهلاك بسبب آفة سماوية أو كان بفعل المبيع نفسه أو بفعل البائع انفسخ عقد البيع. وإذا هلك المبيع بفعل المشتري فإن المشتري يلتزم بدفع الثمن ولا يفسخ عقد البيع، وإذا هلك المبيع بفعل أجنبي لا يفسخ العقد وللمشتري الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه ودفع الثمن والرجوع على الأجنبي بالضمان.

^٦ إن قواعد الانكوتيرمز تحدد النقطة التي تنتقل فيها تبعة الهلاك في الالتزامات المتقابلة لطرفي العقد في كل نوع من أنواع البيوع الدولية، وترتبط ذلك الانتقال بتسليم البضاعة ومن المعلوم أن انتشار موضوع التأمين الدولي وتغطيته لكافة الأخطار التي تلحق بالبضاعة أثناء النقل البحري أو الجوي أو البري في عقود بيع البضائع الدولية يقلل من المخاطر الاقتصادية لتبعة الهلاك، إلا أن أهمية تحديد الأحكام الخاصة بانتقال تبعة الهلاك في البيع الدولي تظل قائمة لغرض تحديد الشخص الذي يتحمل هذه التبعة ويكون هو المسؤول عن مطالبة شركة التأمين وبالنسبة لتحديد أحكام انتقال تبعة الهلاك في عقد البيع بصورة عامة في التشريعات المختلفة، نجد أولاً أن الفقه الإسلامي يربط تبعة الهلاك في المبيع بصورة عامة بالقبض، والمقصود هو قبض المبيع ويقابل تعبير التسليم في القانون الوضعي.

^٦ نقض ١٩٧٧/٤/٥، مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ٩٠٩.

وفقاً للمادة ٤٠٥ مدني فإن تبعه هلاك المبيع في حالة هلاكه بسبب لا يد للبائع فيه قبل البيع، أي كما لو هلك بفعل قوة قاهرة أو حادث فجائي قبل تسليم المبيع أي بدون خطأ من جانب البائع فإن البائع هو الذي يتحمل تبعه هذا الهلاك مع ذلك فالبيع يفسخ ويسترد المشتري الثمن.

ويرجع تحمل البائع لتبعه الهلاك في هذه الحالة إلى أن البائع يلتزم بتسليم المبيع للمشتري وهو التزام يتحقق نتيجة فهو التزام متفرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع للمشتري وبالتالي إذا لم تتحقق النتيجة لعدم تسلمه المبيع فإن يكون قد خالف التزامه بالتسليم، فيتحمل نتيجة ذلك أي يتحمل تبعه هلاك المبيع على الرغم من كون المشتري مالك للمبيع، ولا تخلص له إلا مع التسليم .^٨

وكذلك فإنّه وفقاً للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين والبيع ملزم للجانبين في المادة ١٦٠ مدني إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذ انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، وبتطبيق ذلك على حالة هلاك المبيع بقوة قاهرة أو حادث فجائي قبل التسليم فيكون الحكم انقضاء التزام المشتري بدفع الثمن، فلا يدفعه إذا لم يكن قد دفعه ويسترده إذا كان قد سبق له أن دفعه وكما تقول المادة ١٦١ مدني إنّه " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد " .

ومعنى انفساخ البيع أن البائع يكون قد خسر المبيع وخسر الثمن فتكون المحصلة خسران البائع أي تحمله تبعه هلاك المبيع قبل التسليم، وهذا هو ما نصت عليه صراحة المادة ٤٠٥ مدني في صدد عقد البيع.. انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن..

• الهلاك بقوة قاهرة أو حادث فجائي بعد أعذار المشتري لتسلم المبيع

ففي هذه الحالة لا تقع تبعه هلاك المبيع على عاتق البائع لأنه إذا كانت القاعدة أن المشرع السوري قد ربط تبعه الهلاك بتنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم، فالبائع تبرأ ذمته من الالتزام بالتسليم إذا هو

^٨ السنهاوري: الوسيط، المرجع السابق، رقم ٣١٦، ص ٧٧٤.

نفذه بأن وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته دون عائق واعلمه بذلك إلا أن المشتري لم يتسلمه بالرغم من أذار البائع للمشتري لاستلامه، ثم هلك المبيع بقوة قاهرة أو حادث فجائي، هنا يكون البائع قد أوفي بالتزامه لأنه على استعداد لتسليم المبيع بالمفهوم الذي حدده آنفاً، فلا يشترط التسليم الفعلي، وبالتالي تقع تبعة الهلاك على المشتري لأنه المقصر للتأخر في استلام المبيع.

يترتب على ذلك أيضاً إنّه إذا كان البائع لم يسلم المبيع للمشتري لاستعماله حقه في حبس المبيع، وهلك المبيع في أثناء استعماله لحق الحبس كان هلاكه على المشتري لأن المانع من التسليم راجع إليه، وعلى هذا الحكم نصت المادة ٤٢٨ مدني حين قررت إنّه " إذا هلك المبيع في يد البائع، وهو حابس له، كان الهلاك على المشتري، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع ".

• الهلاك قبل التسليم بفعل البائع أو المشتري

قبل التسليم يتحمل البائع تبعة الهلاك، إذا هلك المبيع بفعل البائع قبل التسليم يتحمل تبعة هلاكه ويلتزم برد الثمن للمشتري بل يكون للمشتري أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر.

أما هلاك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري، ففي هذه الحالة يكون المشتري مسؤولاً عن هلاك المبيع وفي الحالة لا يسترد الثمن إذا كان قد دفعه، ويلتزم بدفع الثمن بأكمله إذا كان لم يدفعه بعد.

بمعنى آخر، إذا كان الهلاك أو نقص القيمة بفعل المشتري وجب دفع الثمن كاملاً، أما إذا كان بفعل البائع فإن طلب المشتري فسخ البيع يلزم البائع بالتعويض وإن طلب بقاء العقد وجب إنقاص الثمن، ويعد هذا تطبيقاً للقواعد العامة.

ب. حكم هلاك المبيع بعد التسليم

قرر الفقه الإسلامي في هذه الحالة قاعدة عامة بأنه إذا هلك المبيع بأفة سماوية أو بفعل أجنبي لا يفسخ العقد ويكون الهلاك على ضمان المشتري. أما إذا هلك بفعل البائع فإنه يجب التمييز أيضًا بين أمرين: - فإذا كان المشتري قد قبض المبيع بإذن البائع أو بدون إذنه ودفع الثمن أو كان الثمن مؤجلاً فيأخذ حكم هلاكه من قبل البائع كهلاكه من قبل الأجنبي وعليه ضمانه. أما إذا كان المشتري قد قبض المبيع بدون إذن البائع والثمن حال غير مدفوع للبائع يلزم فسخ العقد ويُعد البائع في هذه الحالة متعدياً، وبتعديه هذا يُعد مسترداً للمبيع ويكون الضمان عليه ونلاحظ أن القاعدة العامة في الفقه الإسلامي هو ربط انتقال تبعة الهلاك بالقبض وهو التسلم وعلى ضوء ذلك إذا تم القبض انتقلت تبعة الهلاك إلى المشتري ما لم تتوافر حالة من الحالات الاستثنائية التي سبق ذكرها والتي بموجبها تظل تبعة الهلاك عند البائع.

والقانون المدني السوري يربط انتقال تبعة الهلاك في عقد البيع بالتسليم، حيث يتحمل البائع وفقاً له تبعة الهلاك قبل التسليم باعتبار أن التزامه بالتسليم هو التزام بتحقيق غاية، وأيضاً لأنه التزام متفرع من التزامه بنقل ملكية المبيع. وتبعاً لذلك إذا هلك المبيع بفعل البائع قبل التسليم فإن البائع يكون مسؤولاً عن ذلك، أما إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري فإن المشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك، ويلتزم بدفع الثمن كاملاً إلى البائع وقانون المعاملات المدنية السوداني اتبع المبادئ العامة الواردة في الفقه الإسلامي الخاصة بربط انتقال تبعة الهلاك بالتسليم، ونص ابتداءً على القاعدة الأساسية في هذا الشأن بأنه إذا تم التسليم صحيحاً من جانب البائع فإن مسؤوليته عن المبيع تنتهي ويصبح غير مسئول عما يصيب المبيع بعد ذلك من هلاك أو تلف، وتنتقل المسؤولية إلى المشتري وقد حدد القانون المذكور

الأحكام التفصيلية الخاصة بانتقال تبعة الهلاك قبل التسليم على النحو التالي

أولاً: في حالة هلاك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه انفسخ العقد واسترد المشتري ما دفعه من ثمن.

ثانياً: في حالة تلف بعض المبيع يكون للمشتري الخيار بين فسخ عقد البيع أو أخذ المتبقي من المبيع غير التالف بما يعادل حصته من الثمن.

ثالثاً: في حالة هلاك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل يرجع إلى المشتري اعتبر المشتري متسلاً للمبيع ويلتزم بدفع الثمن.

رابعاً: في الحالة أعلاه إذا كان للبائع حق الاختيار واختار الفسخ فإن المشتري يضمن له مثل المبيع أو قيمته وتملك ما بقي منه.

خامساً: في حالة هلاك المبيع قبل التسليم بفعل شخص أجنبي للمشتري الخيار بين فسخ عقد البيع أو إجازته وله حق الرجوع على الشخص الآخر المتلف بضمان مثل المبيع أو قيمته.

المشرع في المادة ١٦٠ مدني نص على إنَّه " إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذ انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " ففي العقد الملزم للجانبين إذا استحال على أحد الطرفين تنفيذ التزامه ينقضي الالتزام المقابل له وتكون المحصلة هي أن المدين بالالتزام الذي استحال بتنفيذه هو الذي يتحمل تبعه استحالة التنفيذ لأن الآخر سوف ينقضي التزامه، فيكون المدين قد خرج صفر اليدين إذا جاز التعبير.

وقد نص المشرع على هذه القاعدة في تطبيق في صدد عقد البيع هو نص المادة ٤٠٥ مدني حينما نص على إنَّه " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كانت الهلاك بعد أضرار المشتري لتسليم المبيع ".

ففي عقد البيع يكون البائع ملتزماً بالتسليم أي مديناً بالتسليم وهو التزام بتحقيق نتيجة، هي وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق وإعلامه بهذا الوضع، وهو ما يعرف بالتسليم الفعلي، ولكن ليس معنى ذلك أن التسليم المعنوي لا يبرئ ذمة البائع فالتسليم الفعلي أو المعنوي والتسليم بمجرد تراضي المتعاقدين يبرئ ذمة المدين ويترتب عليه نقل تبعة الهلاك إلى المشتري. فيكفي في التسليم وضع المبيع تحت تصرف المشتري بالمعنى السابق حتى ولو لم يتسلمه بالفعل مادام البائع أعلمه بهذا الوضع وعلى هذا أغلب الفقه .

فإذا تم التسليم يكون البائع قد أوفى بالتزامه وتنقل تبعة الهلاك على عاتق المشتري أما إذا لم يوف البائع بالتزامه بالتسليم كما أوضحنا آنفاً، فالقاعدة قبل التسليم يتحمل البائع المدين بالتسليم تبعة الهلاك أما بعد التسليم فتنتقل تبعة الهلاك إلى المشتري.

وحدد القانون أيضاً حكم إذا ما وقع التلف على جزء من المبيع قبل التسليم فإن المشتري له حق فسخ عقد البيع أو أخذ المتبقي غير التالف من المبيع بما يعادل حصته من الثمن وينفسخ العقد بالنسبة للجزء التالف، أو إجازة العقد بالنسبة للمبيع كله بالثمن المحدد والرجوع على المتلف بضمان ما أتلّفه من المبيع وقانون بيع البضائع الإنجليزي لسنة ١٩٧٩ م يتبع قاعدة مختلفة عن التشريعات التي سبق ذكرها بالنسبة لتحديد انتقال تبعة الهلاك في عقد بيع البضائع، حيث يربط انتقال تبعة الهلاك بانتقال الملكية وليس التسليم، أي أن تبعة الهلاك تنتقل من البائع إلى المشتري في الوقت الذي تنتقل فيه ملكية البضاعة من البائع إلى المشتري.

^١ البدرأوي: المرجع السابق، رقم ١٧٥، ص ٢٨٠. جميل الشراقوي: المرجع السابق، رقم ٦٥، ص ٢٥٤. لبيب شنب: شرح أحكام البيع، المرجع السابق، رقم ١٢٢، ص ١٦٤. بينما يرى السنهوري أن العبارة بالتسليم الذي يتم به نقل الحيازة أما التسليم الذي لا يترتب عليه نقل الحيازة، كما لو كان المبيع تحت يد البائع لسبب آخر غير البيع فلا يكفي لنقل تبعة الهلاك على عاتق المشتري، السنهوري، الوسيط، رقم ٣١٨، ص ٧٧٨.

ت. استثناءات على قاعدة ارتباط تبعة الهلاك

بالتسليم

بالرغم من القاعدة العامة التي مؤداها أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على عاتق البائع فإن هناك عدة حالات يتحمل فيها المشتري وليس البائع تبعة الهلاك قبل التسليم خلافاً للأصل العام هي:

1 - حالة الاتفاق بين البائع والمشتري على أن المشتري هو الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع حتى قبل التسليم، وهذا الاتفاق جائز نظراً لأن قواعد تحمل تبعة هلاك المبيع لا تتعلق بالنظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافها.

2 - حالة هلاك المبيع في يد البائع إذا كان يستعمل حقه في حبس المبيع وعلى هذا نصت المادة ٤٢٨ مدني بقولها " إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع ".

3 - إذا وضع المشتري يده على المبيع قبل دفعه الثمن بدون إذن من البائع وهلك المبيع، كان هلاكه على عاتقه.

4 - في حالة البيع التجاري وكان المبيع واجب التصدير فإن هلاكه في الطريق يكون على مالكة أي على المشتري ولو إنَّه لن يتسلمه إلا إذا وصل إليه.

٥ - حالة وضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك وامتناع المشتري عن تسلمه أو تأخره على الرغم من أضرار البائع للمشتري باستلام المبيع ثم هلك المبيع، فهنا يتحمل المشتري تبعة الهلاك قبل التسليم. فقد نصت المادة ٤٠٥ مدني على أنه: " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد أضرار المشتري لتسليم المبيع ".

ث. تبعة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع

قبل التسليم

تنص المادة ٤٠٦ مدني على أنه: " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن ". يتضح من هذا النص إنَّه في حالة هلاك جزء من المبيع كما لو نقصت قيمته لتلف أصابه قبل تسليم المبيع فإن الحكم هو حق المشتري في فسخ العقد فقط إذا كان الهلاك الجزئي جسيماً أو أن يطلب استبقاء العقد مع إنقاص الثمن، هذا بعكس الحال في التقنين المدني السابق إذا كان يعطى المشتري الخيار بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه، ولم يكن يعطيه حق طلب إنقاص الثمن، فإذا لم يبلغ العيب الجسامة المطلوبة أو رهن المشتري المبيع فإنَّه لا يستطيع الفسخ فلا يبقى أمامه إلا استبقاء المبيع بكل الثمن، فكان هو الذي يحمل تبعة الهلاك الجزئي قبل التسليم، وهذا العيب قد تداركه التقنين الجديد فعل للمشتري حق إنقاص الثمن إذا لم يطلب الفسخ.

فوفقاً للتقنين الحالي: إذا كان الهلاك الجزئي جسيماً يكون للمشتري طلب فسخ العقد، وهو يكون جسيماً إذا كان قد ترتب عليه إنقاص قيمة المبيع بدرجة كبيرة أي بحيث لو طرأ هذا الهلاك قبل العقد لما تم البيع أي لامتنع المشتري عن الشراء، وذلك كما لو كان المبيع أرضاً عليها بناء ثم أنهدم البناء فهذا نوع من الهلاك الجزئي.

وللمشتري ألا يطلب الفسخ حتى في حالة الهلاك الجزئي الجسيم ويكتفي فقط بطلب إنقاص الثمن حسبما يتراءى له. أما إذا كان الهلاك الجزئي غير جسيم أي كان بسيطاً أو التلف ليس جسيماً فإنَّه لا

يحق للمشتري أن يطلب الفسخ وإنما يتبقى له الخيار الثاني وهو حقه في طلب إبقاء العقد مع إنقاص الثمن بما يتناسب مع الهلاك الجزئي للمبيع.

هذا مع ملاحظة أن القانون المدني السابق لم يكن يعطى المشتري حق طلب إنقاص الثمن وإنما كان يستبقى العقد بالثمن المتفق عليه بمعنى إنّه كانت تبعه الهلاك الجزئي قبل التسليم تقع على عاتق المشتري أيضا ينبغي التذكير بأن الهلاك الكلي يختلف حكمه الهلاك الجزئي فالهلاك الكلي وكما سبق بيانه يترتب عليه انفساخ العقد واسترداد المشتري للثمن.

أيضا ينبغي التذكير بأن الجزاء الذي نص عليه المشرع في المادة ٤٠٦ في حالة الهلاك يقوم في حالة الهلاك الجزئي بقوة قاهرة أو بحادث فجائي.

أما إذا كان الهلاك الجزئي بفعل البائع تحمل البائع تبعه هذا الهلاك، وإذا كان الهلاك الجزئي بفعل المشتري تحمل المشتري تبعه الهلاك الجزئي، وذلك على غرار ما سبق بيانه في صدد الهلاك الكلي.

حكم الهلاك الجزئي قبل التسليم وبعد أضرار المشتري:

في هذه الحالة يتحمل المشتري تبعه الهلاك الجزئي أو نقص قيمة المبيع طالما أن البائع قد أعذره بضرورة استلام المبيع وكذلك في حالة الهلاك الجزئي في حالة استخدام البائع حقه في سحب المبيع لعدم استيفاء الثمن، فإن تبعه الهلاك تقع على عاتق المشتري.

ج. تبعة الهلاك في البيوع الدولية

١. تبعة الهلاك في اتفاقية لاهاي

حددت اتفاقية لاهاي القاعدة العامة لانتقال تبعة الهلاك في البيع الدولي بربط ذلك الانتقال بالتسليم، ومقتضى ذلك هو انتقال تبعة الهلاك من البائع إلى المشتري في الوقت الذي ينجز فيه البائع التزامه بالتسليم وفقًا لشروط العقد وأحكام الاتفاقية وتبعًا لذلك فإن انتقال تبعة الهلاك وفقًا لأحكام الاتفاقية يستلزم أن يَتِمَّ التسليم بمراعاة الشروط المنصوص عليها في العقد بين الطرفين، وأن يكون وفقًا لمفهوم التسليم المحدد في الاتفاقية والذي يجب أن يكون بمناولة البضاعة إلى المشتري (Handing over)، وأن تكون البضاعة مطابقة لمواصفات العقد باعتبار أن المطابقة عنصر من عناصر التسليم في اتفاقية وأن يكون التسليم أيضًا وفق أحكام الاتفاقية الخاصة بمكان وزمان التسليم، لاهاي فإذا تم التسليم وفق تلك الشروط المذكورة أعلاه انتقلت تبعة الهلاك من البائع إلى المشتري. وهناك استثناء على هذه القاعدة حيث يمكن أن تنتقل تبعة الهلاك إلى المشتري بالرغم من عدم مطابقة البضائع للمواصفات المتفق عليها في العقد، وذلك في حالتين خاصتين بعدم استعمال المشتري لحقوقه المكفولة له نتيجة إخلال البائع بالتزاماته، وهي:

- حالة عدم استعمال المشتري لحق الفسخ، وحالة عدم مطالبته بتسليمه بضائع بديلة. وينتج عن ذلك إنَّه إذا طالب المشتري بفسخ العقد أو طالب بتسليمه بضائع بديلة فإن تبعة الهلاك لا تنتقل إليه في هذه الحالة. ونلاحظ أن عدم استعمال المشتري لحقه في المطالبة بالفسخ، أو تسليمه بضائع بديلة يكون في الغالب بسبب عدم جسامه العيب باعتباره لا يشكل مخالفة جوهرية لأحكام العقد. ويفضل المشتري في هذه الحالة الاحتفاظ بالبضاعة واللجوء إلى خيار التعويض كذلك تنتقل تبعة الهلاك إلى المشتري في

حالة تأخر التسليم بسبب إخلال المشتري بالتزاماته باعتبار أنَّ هذا التأخير لا يؤثر على وقت انتقال تبعة الهلاك، وتنتقل في هذه الحالة والوقت الذي تنتقل فيه. في الوقت الذي يمكن أن يَتِمَّ فيه التسليم لولا حدوث الإخلال التبعة في هذه الحالة هو التاريخ النهائي المحدد للتسليم بحيث لا يمكن تدارك إخلال المشتري ومنعه، ولا يكفي لقيام هذه الحالة مجرد تسبب المشتري في تأخر التسليم بل لابد من وقوع إخلال بالتزاماته وتسبب ذلك في تأخر التسليم.

وتخفيفاً لطبيعة التحديد الاستثنائي للقاعدة التي سبق ذكرها الخاصة بانتقال تبعة الهلاك بأثر رجعي فقد أوردت الاتفاقية تحفظاً على هذه القاعدة بعدم إعمال الأثر الرجعي وربط انتقال تبعة الهلاك بانعقاد العقد، وذلك في حالة إذا كان البائع يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم في وقت إبرام العقد بأن البضاعة قد هلكت أو ضاعت فإن تبعة الهلاك في هذه الحالة تبقى والاتفاقية تتبنى في هذه القاعدة معياراً موضوعياً بالنسبة على البائع إلى وقت إبرام العقد. لتحديد علم البائع بهلاك البضاعة أو ضياعها. وتحدد الاتفاقية حكماً خاصاً بانتقال تبعة الهلاك بالنسبة للبضائع التي يتم بيعها أثناء النقل بالبحر في الحالة التي تكون فيها البضائع المسلمة إلى الناقل غير محددة بصورة قاطعة إلى المشتري. حيث تقرر في هذه الحالة التزام البائع بإرسال إخطار إلى المشتري بخصوص البضاعة أو إرسال مستند لتوضيحها. وتبعاً لذلك لا تنتقل تبعة الهلاك إلا بقيام البائع بإرسال الإخطار أو المستند إلى المشتري.

تلك هي كافة الأحكام الخاصة بانتقال تبعة الهلاك في اتفاقية لاهاي، فإذا انتقلت تبعة الهلاك إلى المشتري بموجب أي قاعدة من القواعد التي سبق ذكرها فإن المشتري يلتزم بدفع ثمن البضائع إلى البائع. ولا يؤثر الهلاك أو التلف الذي يلحق بالبضاعة على التزام المشتري بدفع الثمن إلا إذا كان الهلاك أو التلف بفعل البائع نفسه أو فعل شخص آخر ويكون البائع مسؤولاً عن أفعاله.

٢. تبعة الهلاك في اتفاقية الأمم المتحدة

حددت اتفاقية الأمم المتحدة الأحكام الخاصة بانتقال تبعة الهلاك في باب مستقل هو الباب الرابع من الاتفاقية. وربطت الاتفاقية انتقال تبعة الهلاك بصورة عامة بالتسليم وفق المفهوم المحدد له في الاتفاقية، وهو وضع البضاعة تحت تصرف المشتري، وفي حالة تعلق العقد ببضائع غير معينة تستلزم الاتفاقية لوضع البضاعة تحت تصرف المشتري أن يتم تعيينها تعييناً كاملاً. فإذا لم يتم تعيينها بصورة كاملة فإنها لا تُعدّ قد وضعت تحت تصرف المشتري وبالتالي لا تنتقل تبعة الهلاك بالنسبة لها.

والاتفاقية تحدد القاعدة الخاصة بانتقال تبعة الهلاك في عقود بيع البضائع الدولية التي لا تتضمن التزاماً بالنقل بالنظر إلى تسلم البضائع من جانب المشتري في حالتين، على النحو التالي:

الحالة الأولى: إذا كان تسلم البضاعة واجباً في مكان عمل البائع. فإذا تسلم المشتري البضاعة فإن التبعة تنتقل إليه من وقت التسليم، وإذا لم يتسلم المشتري البضاعة في الميعاد المحدد للتسليم فإن التبعة تنتقل إليه من تاريخ إخلاله بالتزامه بتسلم البضاعة على أن تكون البضاعة قد وضعت تحت تصرفه في الميعاد المحدد وتم تعيينها تعييناً كافياً.

الحالة الثانية: إذا كان تسلم البضائع من جانب المشتري واجباً في مكان آخر غير مكان عمل البائع، ووضعت البضاعة تحت تصرف المشتري في ذلك المكان وتم تعيينها تعييناً كافياً وكان المشتري على علم بذلك، فإن تبعة الهلاك تنتقل من تاريخ وضع البضاعة تحت تصرفه على النحو المذكور.

وهذه القاعدة هي نفس القاعدة التي قررتها اتفاقية لاهاي لانتقال تبعة الهلاك بدون النظر إلى مكان عمل البائع. وهي قاعدة تتفق والتحديد القانوني للالتزامات المتقابلة، ذلك أن البائع قد أوفى بالتزامه كاملاً لا بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري في الميعاد المحدد، فإذا أخل المشتري بالتزامه بالتسلم

فإن تبعة الهلاك تنتقل إليه رغمًا عنه لأن الإخلال يرجع إليه. والجدير بالذكر أن علة ربط انتقال تبعة الهلاك بالتسليم بصفة عامة في أحكام الاتفاقية

وبصفة خاصة في إطار القاعدة التي حددتها المادة (٦٩) تستند إلى أن الشخص الذي تكون البضائع تحت سيطرته هو الأقدر فعليًا على حماية البضائع من المخاطر باعتبارها تحت سيطرته وتصرفه، ويمكنه أيضًا القيام بالتأمين اللازم عليها.

واهتمت اتفاقية الأمم المتحدة بصفة خاصة بعقود بيع البضائع الدولية التي تتضمن التزامًا بالنقل، أي التي تتطلب تسليم البضاعة إلى الناقل، ولم تقصر أحكامها على النقل البحري كما فعلت اتفاقية لاهاي بل تشمل النقل البحري والجوي والبري، وتبعاً لذلك حددت أحكام انتقال تبعة الهلاك في حالتين:

الحالة الأولى: عندما يكون هنالك التزام على البائع بتسليم البضاعة إلى الناقل في مكان عمله التسليم في المعمل أو المصنع (البائع)، وتنحصر هذه الحالة في البيع EXW ، لا يلتزم البائع في هذا البيع بتسليم البضاعة في مكان غير معمله أو مصنعه، وتنتقل تبعة الهلاك في هذه الحالة من وقت تسليم البضاعة إلى الناقل في مكان عمل البائع أي مصنعه أو معمله، ولا علاقة للبائع بعد ذلك بموضوع نقل البضاعة، وهي نفس القاعدة التي قررتها قواعد الانكوتيرمز لانتقال تبعة الهلاك في البيع EXW

الحالة الثانية: عندما يكون هنالك التزام على البائع بتسليم البضائع إلى الناقل في مكان معين غير مكان عمل البائع. وتنتقل تبعة الهلاك في هذه الحالة بتسليم البضاعة إلى الناقل في المكان المعين لذلك.

ومثال لذلك البيوع CIF.، FOB.، FAS.

الفقرة الرابعة. علاقة الالتزام بالتسليم بدفع

الثمن

يرتبط التسليم بدفع الثمن ارتباطاً قانونياً كاملاً، ويُعد التسليم الالتزام المقابل لدفع الثمن في عقد

البيع بصورة عامة .

وتتفق التشريعات الوطنية المختلفة في تأكيد ارتباط التسليم بدفع الثمن وتقابل الالتزامين، حيث نجد

أن الفقه الإسلامي يقرر مبدأ تقابل التزام تسليم المبيع باعتباره من التزامات البائع الناشئة عن عقد البيع،

والتزام دفع الثمن باعتباره من التزامات المشتري الناشئة عن عقد البيع. ويُعد التسليم بدلاً لدفع الثمن، وأن

تسليم البدلين واجب على الطرفين لتحقيق ملكية كل منهما في هذين البدلين.

ويترتب على هذه العلاقة القانونية بين التسليم ودفع الثمن أثر قانوني مهم في حالة عدم دفع الثمن

بواسطة المشتري، وهو حق البائع في حبس المبيع، ومضمون هذا الحق هو أن للبائع الحق في حبس

المبيع عنده عن المشتري حتى يؤدي المشتري له كل الثمن المعجل ويُعد حق المتفق عليه، وليس

للمشتري أخذ المبيع في هذه الحالة دون إذن البائع .

^١ حددت قواعد الانكوتيرمز التسليم ودفع الثمن كالتزامين متقابلين للبائع والمشتري في كافة أنواع عقود بيع البضائع الدولية، ونتيجة لتقابل الالتزامين ينشأ حق البائع لاستيفاء ثمن البضاعة كاملاً من المشتري عند تسليم البضاعة إليه إذا كان الاتفاق يقضي باستحقاق الثمن كله عند التسليم أو جزء منه.

^١ الحبس حقاً قانونياً يترتب نتيجة للعلاقة الخاصة بين التزام البائع بتسليم البضاعة والتزام المشتري بدفع الثمن. وينشأ ذلك الحق للبائع على البضاعة عند إخلال المشتري بدفع الثمن.

ويتقرر حق حبس المبيع في حالة عدم دفع الثمن، والثمن هنا لا يشمل أي بديل آخر، بمعنى أنه لا يقوم مقام دفع الثمن أي بديل آخر كمقابل للمبيع مثل عرض المشتري كغالة معينة أو تقديم وثيقة تأمين ذلك أن حق البائع يتعلق بحصوله على ثمن المبيع المتفق عليه في العقد، فإذا لم يتحقق ذلك نشأ حق البائع في حبس المبيع ويأخذ الفقه الإسلامي بقاعدة حق البائع في حبس المبيع تبعاً لعلاقة التسليم بدفع الثمن وتحقق ملكية كل من البائع والمشتري في البدلين البضاعة والثمن ويقول الإمام مالك في هذا الشأن: للبائع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن.

ويقول الإمام الشافعي: للبائع حبس المبيع حتى يقبض الثمن إن خاف فوته.

ويرى الحنابلة إنَّه ليس للبائع حبس المبيع حتى قبض الثمن لأن التسليم من مقتضيات العقد.

ويشترط لقيام حق الحبس في الفقه الإسلامي شرطين، هما: -

١. أن يكون أحد البدلين عينًا والآخر دينًا. وهذا ينطبق على عقد البيع باعتبار أن المبيع مقابل

النقود.

٢. أن يكون الثمن حالًا. ولا ينطبق حق الحبس في حالة الثمن المؤجل.

وينص القانون المدني السوري على حق البائع في حبس المبيع في عقد البيع بصورة عامة إلى حين استيفاء الثمن إذا كان دفع الثمن سابقًا أو متزامنًا لوقت تسليم المبيع. وتبعًا لذلك لا يحق للبائع حبس المبيع إذا كان دفع الثمن لاحقًا لوقت تسليم المبيع أي مؤجلًا إلى ما بعد التسليم، وذلك ما لم يسقط الأجل بواحد من أسباب السقوط مثل إشهار إفلاس المشتري أو إذا أضعف المشتري بفعله ما أعطى البائع من تأمين أو إذا لم يقدم البائع الضمانات اللازمة المنصوص عليها في العقد، ففي كل هذه الحالات يسقط الأجل ويحق للبائع حبس المبيع.

ويتضمن القانون المدني السوري حق البائع في حبس المبيع في عقد البيع بصورة عامة إلى حين استيفاء المستحق عليه من الثمن. ولا يسقط هذا الحق وفقًا للقانون تقديم المشتري رهنا أو كفالة، ولكن يسقط في حالة قبول البائع عرض المشتري بتأجيل دفع الثمن، ويلتزم في هذه الحالة بتسليم المبيع إلى المشتري.

تلك هي القواعد العامة الخاصة بالعلاقة القانونية بين التسليم ودفع الثمن في عقد البيع والأثر

٦

٢

القانوني لهذه العلاقة في التشريعات المختلفة .

الجدير بالذكر أن الأحكام الخاصة بحقوق وحماية البائع قد تم تحديدها بصورة تواكب الطبيعة الخاصة بالتزامي التسليم ودفع الثمن في عقد بيع البضائع الدولي، ذلك أن الناحية العملية لتسليم البضائع في هذا العقد تتطلب في أغلب الأحيان نقل الحيازة لاعتبارات ترجع إلى اهتمام البائع بإرسال البضاعة بصورة عاجلة وتسليمها للناقل قبل تسلم الثمن أو قبل تحصيل الكمبيالة الخاصة بدفع الثمن .

إن للبائع في هذه الحالة الامتناع عن تسليم البضاعة إضافة إلى الحقوق الأخرى المكفولة له في حالة عدم الاحتفاظ بالشيء المبيع على النحو الذي يأتي ذكره في الحالة الثانية والثابت أن يُعطى البائع الذي يحتفظ بالشيء المبيع إلى حين دفع الثمن حقوق وسلطات كاملة على الشيء المبيع أثناء النقل في حالة إفسار المشتري وعدم دفع الثمن إليه، ويحق له في هذه الحالة إيقاف تسليم البضاعة حتى ولو تم تسليم بوليصة الشحن إلى المشتري أو وكيله .

٦

٤

^١ القانون الإنجليزي تضمن أيضاً مبدأ تلازم وتقابل التزام التسليم والتزام دفع الثمن بصفة خاصة في عقد بيع البضائع. وحدد العلاقة القانونية بين هذين الالتزامين والأثر القانوني لهذه العلاقة، والذي يتمثل في حق الحبس إضافة إلى بعض الحقوق الأخرى التي تكفل للبائع على البضاعة عند إخلال المشتري بالتزام دفع الثمن. وكل تلك الحقوق ترتبط بالتزام التسليم ومسألة حيازة البضاعة من جانب البائع، وفي المقابل التزام المشتري بدفع الثمن. ووفقاً لذلك النص يحدد القانون الإنجليزي الإطار العام للعلاقة التبادلية بين التزام التسليم والتزام دفع الثمن، ثم يحدد عناصر هذه العلاقة التي تتمثل في نقل البائع لحيازة البضائع للمشتري مقابل الثمن، ودفع الثمن بواسطة المشتري مقابل حيازة البضائع.

^١ ويتضمن القانون الإنجليزي أحكاماً أخرى في إطار مفهوم العلاقة القانونية بين التسليم ودفع الثمن، وتتمثل تلك الأحكام في الحقوق القانونية التي يمنحها القانون للبائع الذي لم يتم دفع ثمن البضاعة إليه (Unpaid seller)، ويطلق على هذا البائع في القانون مصطلح ويحدد القانون حالتين ينطبق عليهما تعريف هذا المصطلح، وهي:-

١. حالة البائع الذي لم يتم دفع الثمن كله له أو عرضه عليه.

٢. حالة البائع الذي يتم الدفع له بواسطة سفينة أو وسيلة دفع متداولة، وتم التسلم على أساس أن الدفع مشروط، ولم يتحقق الشرط الذي نم التسلم على أساسه ولم يتم الدفع

^١ ويعرف القانون الشخص المعسر بأنه ذلك الشخص الذي يكون قد تم منعه من سداد ديونه في الأحوال العادية لتسيير أعماله، أو الشخص الذي لا يستطيع سداد ديونه بغض النظر عما إذا كان قد ارتكب فعلاً من أفعال الإفلاس أم لا. وعلى ضوء ذلك يكفي تقرير إفسار المشتري لنشوء حق البائع الذي يحتفظ بملكية البضائع بإيقاف تسليمها أثناء النقل في حالة عدم دفع الثمن إليه بالرغم من تسليم بوليصة الشحن إلى المشتري، ولا يشترط الإفلاس لاستعمال هذا الحق.

ويهتم القانون بحماية البائع الذي لم يدفع ثمن الشيء المبيع إليه (Unpaid seller) ويقرر له حق الاحتفاظ بالشيء المبيع إلى حين دفع الثمن وتضمن ذلك، الحق في العقد، وتبعاً لذلك يقرر القانون الأحكام الخاصة بذلك الموضوع في حالتين، هي:

أولاً. حق حبس البضاعة The unpaid seller's lien

lien

وهو حق البائع في حبس موضوع البيع حتى يتم دفع كل الثمن المتفق عليه، أو عرضه بواسطة المشتري، علماً بأن هذا الحق لا يكسب البائع أي ملكية على الشيء المبيع إذا كانت ملكيتها قد انتقلت إلى المشتري.

وينشأ حق البائع في حبس الشيء المبيع في ثلاث حالات، هي

أ- حالة ألا يكون بيع الشيء المبيع قد تم على أساس الدفع بموجب اعتماد، حيث إنَّه في حالة شرط الدفع بموجب اعتماد لا ينشأ هذا الحق. والعلة في عدم منح البائع هذا الحق في هذه الحالة هي أن موافقة البائع على الدفع بموجب اعتماد تعني عدم إصراره على الدفع الحال وموافقته على الدفع المؤجل.

ب- حالة أن يكون بيع على أساس الدفع بموجب اعتماد، إلا أن هذا الاعتماد انتهى أجله.

ج- في حالة إعسار المشتري وفق تعريف الإعسار الوارد في القانون. وتجدر الإشارة إلى أن حق حبس البضائع في الحالات الثلاث التي سبق ذكرها يتطلب أن تكون حيازة البضائع لدى البائع عند استعمال هذا الحق. حيث أن حق الحبس يُعد ويترتب على استمرار لهذه الحيازة لدى البائع، وليس إعادة لها بعد انتقالها من البائع ذلك إنَّه في حالة انتقال حيازة الشيء المبيع من البائع برغم عدم دفع الثمن إليه يكون للبائع استعمال الحقوق البديلة الأخرى على النحو الذي يأتي ذكره في (٢) و(٣).

ثانياً. حق إيقاف إجراءات نقل الشيء المبيع

Stoppage in transit

يفترض في هذه الحالة أن البائع تولى عن حيازة الشيء المبيع وقام بتسليمها إلى الناقل الذي بدأ في نقلها فعلاً حيث يكون للبائع في حالة عدم دفع الثمن إليه إيقاف الشيء المبيع أثناء النقل في أي وقت قبل استلامها بواسطة المشتري أو وكيله وإعادة حجزها إلى حين دفع الثمن إليه بواسطة المشتري. ويكتسب البائع أيضاً حقاً إضافياً هو حق تتبع الشيء المبيع، وينشأ هذا الحق للبائع في حالة واحدة فقط وهي حالة إفسار المشتري.

ثالثاً. حق إعادة بيع الشيء محل العقد: Resale

ينشأ للبائع في حالة عدم دفع الثمن إليه حق إعادة بيع الشيء المبيع في حالات ثلاث، هي

أ- حالة أن يكون الشيء المبيع بحكم طبيعته قابل للتلف Perishable Goods

ب- حالة إخطار البائع للمشتري بنيته في إعادة بيع الشيء المبيع ولم يحم المشتري خلال فترة معقولة بدفع الثمن أو عرضه على البائع.

ج- حالة احتفاظ البائع لنفسه بهذا الحق صراحة في العقد عند إخلال المشتري بالتزامه. والجدير بالذكر أن حق إعادة بيع الشيء المبيع يفترض أصلاً أن يكون حق الحبس بالنسبة للشيء المبيع قائماً من قبل، وبالتالي فإنَّه في هذه الحالة يكون للبائع حقين على الشيء المبيع

أولهما: حق حبس الشيء المبيع، وثانيهما: إعادة بيعه. والحق الثاني يترتب على الحق الأول إذا توفرت حالة من الحالات الثلاث الخاصة بإعادة بيع الشيء المبيع.

في هذه الحالة التي يجتمع فيها حق حبس الشيء المبيع وحق إعادة بيعه تترتب نتيجة قانونية هامة وهي انفساخ العقد في مواجهة المشتري، ونتيجة لانفساخ العقد يتحلل البائع من كافة التزاماته ويكون له حق إعادة بيع البضائع مع الرجوع على المشتري بالتعويض إذا أصابه ضرر نتيجة ذلك .

وبالرغم من أن الحالتين الأخيرتين خاصيتين بالحقوق على الشيء المبيع ما بعد التسليم، إلا أنهما تعتبران من سلسلة الآثار القانونية للتسليم في إطار علاقته بدفع الثمن، ولذلك فإنهما يظلان محكومين بالعلاقة القانونية بين التسليم ودفع الثمن.

وبالنسبة للقواعد الخاصة بعلاقة تسليم البضاعة بدفع الثمن في عقود بيع البضائع الدولية بصفة خاصة نجد أولاً أن اتفاقية لاهاي قد نصت على قاعدة تقابل التسليم ودفع الثمن في البيوع الدولية التي لا تتضمن التزاماً بالنقل، وقررت في هذا الشأن أن التزام التسليم والالتزام بدفع الثمن التزامين مترامين. وفي إطار هذه العلاقة التبادلية حددت شرطاً لقيام التزام المشتري بدفع الثمن، وهو شرط منح المشتري الفرصة الكافية لفحص البضائع بغرض التأكد من مطابقتها وتحديد اتفاقية لاهاي للمطابقة شرطاً أساسياً لقيام التزام المشتري بدفع الثمن يرجع إلى أن الاتفاقية تجعل من المطابقة عنصراً من عناصر التسليم، وبالتالي فإن العلاقة التبادلية تكون بين التسليم متضمناً المطابقة من ناحية البائع، ودفع الثمن من ناحية المشتري. وتبعاً لهذه العلاقة التبادلية ينشأ حق البائع في حبس البضاعة في حالة عدم دفع الثمن بواسطة المشتري. وتضمنت الاتفاقية أيضاً حكماً خاصاً بالعلاقة القانونية بين التسليم ودفع الثمن في البيوع الدولية التي تتضمن التزاماً بالنقل، والتي يكون تسليم البضاعة فيها للناقل وقررت في هذا الشأن إنه يجوز للبائع

¹ ونلاحظ توسع القانون الإنجليزي في تحديد الآثار القانونية للعلاقة بين التسليم ودفع الثمن في عقد بيع البضائع، وتبعاً لذلك تتعدد الحقوق القانونية المكفولة للبائع على البضائع عند إخلال المشتري بدفع الثمن. ولذلك نجد أن استعمال حقوق البائع الخاصة بالتسليم في مقابل عدم دفع الثمن لا تقتصر على استعمال الحقوق الخاصة بحالة ما قبل تسليم البضائع مثل حق الحبس، بل تمتد أيضاً إلى ما بعد تسليم البضائع وخروجها من حيازة البائع، وذلك بحق التتبع الذي يكفله القانون للبائع على البضائع نتيجة عدم دفع الثمن إليه، والذي يتمثل في حق إيقاف البضاعة أثناء النقل أو إعادة بيعها وفق الشروط اللازمة لكل حالة.

(Handing over the Goods to the carrier) إيقاف إرسال البضائع، أي حبسها إلى حين تسليم الثمن، أو الاستمرار في إرسال البضائع على أن يحفظ البائع لنفسه الحق في إيقاف البضاعة أثناء النقل، وللبائع أيضًا أن يشترط في العقد عدم تسليم البضاعة إلى المشتري إلا مقابل تسليم الثمن، وفي كل الأحوال لابد من توافر المطابقة لقيام التزام المشتري بدفع الثمن وفي إطار العلاقة بين التسليم ودفع الثمن قررت الاتفاقية حقًا إضافيًا للبائع في حالة البدء في تسليم البضائع في وقت لم يكن يعلم فيه البائع بحقيقة الموقف المالي للمشتري وأنه لن يتمكن من دفع الثمن إليه، تم يتضح له فيما بعد أن المشتري لا يستطيع دفع ثمن البضاعة إليه، ففي هذه الحالة للبائع أن يتوقف عن تسليم البضاعة حتى ولو تم تسليم المشتري بوليصة

الشحن .

إضافة إلى ذلك تضمنت الاتفاقية تطبيقًا خاصًا لحق الحبس في حالة إخلال البائع بالتزامه بدفع الثمن، وقد سبق أن تعرضنا لذلك في سياق تحديد العلاقة بين انتقال تبعة الهلاك والتسليم، حيث رأينا إنه في حالة تأخر التسليم بسبب إخلال المشتري بالتزامه، فإن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشتري بسبب ذلك الإخلال وتظل البضائع في هذه الحالة محجوزة لدى البائع ولا يقوم بتسليمها إلا عند تنفيذ المشتري لالتزامه، وقد تبعت اتفاقية الأمم المتحدة اتفاقية لاهاي في تحديدها لنفس القاعدة المذكورة أما اتفاقية الأمم المتحدة فإنها لم تتناول العلاقة بين التسليم ودفع الثمن بصورة تفصيلية كما جاء في قانون بيع البضائع الإنجليزي واتفاقية لاهاي، إلا أنها قررت القاعدة الخاصة بهذه العلاقة ضمن الأحكام العامة

^١ وهذه الحالة خاصة بإعسار المشتري وهي مشابهة للقاعدة الواردة في قانون بيع البضائع الإنجليزي التي تتيح للبائع إيقاف البضائع أثناء النقل في حالة إعسار المشتري حتى ولو تم تسليمه بوليصة الشحن. ونلاحظ أن اتفاقية لاهاي لم تضع حالات متعددة لتفسير الموقف المالي للمشتري أو الإعسار كما فعل القانون الإنجليزي، وإنما تبنت معيارًا معينًا لتحديد المشتري المعسر وهو وجود سبب قوي للخوف من أن المشتري لن يتمكن من تنفيذ التزامه.

المشتركة بين التزامات البائع والمشتري، وهي قاعدة وقف تنفيذ الالتزامات بين الطرفين والتي سنتعرض لها لاحقاً بالتفصيل، أو قاعدة الإخلال بالسير بالعقد. وتقضي قاعدة وقف تنفيذ الالتزامات بحق أي من الطرفين في وقف تنفيذ التزاماته التعاقدية إذا تبين له بعد انعقاد العقد أن الطرف الآخر سوف لا يقوم بتنفيذ جانباً هاماً من التزاماته. وبتطبيق هذه القاعدة بصفة خاصة على التزامي التسليم ودفع الثمن باعتبارهما التزامين متقابلين نجد أن للبائع الحق في حبس البضائع وعدم تسليمها للمشتري في حالة عدم دفع الثمن.

كما أن اتفاقية لاهاي تضمنت نفس هذه القاعدة الخاصة بوقف تنفيذ الالتزامات المتبادلة في حالة الإخلال إلا أنها تعرضت لالتزام التسليم ودفع الثمن بشيء من التفصيل على النحو الذي سبق ذكره تلك هي الأحكام الخاصة بالعلاقة القانونية بين التسليم ودفع الثمن في التشريعات الوطنية وفي الاتفاقيتين الدوليتين، ونخلص من تلك الأحكام إلى أن التزام التسليم يقابل التزام دفع الثمن في عقد بيع البضائع الدولي، وأن الاختلال في تقابل هذين الالتزامين يترتب آثاراً قانونية معينة، وأن الأثر القانوني الرئيسي الذي يترتب عند الإخلال بدفع الثمن من جانب المشتري هو عدم التسليم أي حبس البضائع. ونجد أن أغلب التشريعات تتفق في تقرير المبدأ العام لهذا الحق، إلا أن بعضها يكتفي بتقرير القاعدة العامة الخاصة بحق الحبس، وبعضها يتوسع في تحديد الآثار القانونية الخاصة بهذا الحق والناجمة عن العلاقة بين التسليم ودفع الثمن، مثل قانون بيع البضائع الإنجليزي الذي يقرر حقوقاً إضافية أخرى نتيجة هذه العلاقة وهي حق إيقاف البضاعة أثناء النقل وحق إعادة بيع البضائع.

واتفقت الاتفاقيتان الدوليتان في تقرير الأحكام العامة التي تخص تقابل التزام البائع بالتسليم والتزام المشتري بدفع الثمن، وإن كانت اتفاقية لاهاي حددت العلاقة بين التسليم ودفع الثمن بصورة خاصة ومباشرة.

هناك علاقة قانونية مشتركة بين التسليم وانتقال تبعة الهلاك ودفع الثمن. أي أن هناك علاقة ثلاثية بين الأحكام القانونية الثلاثة، ذلك أن الآثار القانونية التي تنتج عن علاقة التسليم وانتقال تبعة الهلاك تماثل ذات الآثار القانونية التي تنتج عن علاقة التسليم ودفع الثمن. حيث أن انتقال تبعة الهلاك يرتبط بالتسليم، والتسليم يرتبط بدفع الثمن ويقابله، وبالتالي فإن انتقال تبعة الهلاك يرتبط بدفع الثمن تبعاً لارتباط دفع الثمن بالتسليم. وتطبيقاً لذلك نجد إنه إذا قام البائع بتسليم البضائع إلى المشتري تنتقل تبعة الهلاك إلى المشتري ويتزامن ذلك مع استحقاق دفع الثمن بواسطة المشتري.

ويقوم الارتباط القانوني بين الأحكام الثلاثة حتى في الأحوال الاستثنائية الخاصة بانتقال تبعة الهلاك في حالة تأخر التسليم لإخلال المشتري بالتزامه. ويتمثل الارتباط في الأثر الذي يترتب في هذه الحالة نتيجة عدم دفع الثمن بواسطة المشتري، وهو قيام حق الحبس للبائع وانتقال تبعة الهلاك إلى المشتري، وهذا الأثر هو نتيجة لاختلال التقابل بين التزام التسليم والتزام دفع الثمن.

إن علة ربط انتقال تبعة الهلاك بالتسليم هي نفس العلة الخاصة بربط دفع الثمن بالتسليم. ذلك أن علة انتقال تبعة الهلاك بالتسليم هي القدرة على التصرف والسيطرة على البضاعة واتخاذ الإجراءات اللازمة لحمايتها. ومقابل تلك العمليات ينشأ التزام دفع الثمن في الزمان والمكان المحددين كالتزام تبادلي للتسليم والعمليات الناشئة عنه.

رابعاً. أهم بنود التسليم في البيوع الدولية

شهدت العصور الوسطى ظهور الأعراف والممارسات التجارية بما يعرف بقانون التجار. وعرف الإسلام أيضاً التجارة الدولية بصورة واضحة ويتضح ذلك من خلال رحلات الرسول إلى الشام. ومن مظاهر اهتمام الإسلام بالتجارة أيضاً تقريره لها في موسم الحج.

ونتيجة لذلك كله أرست الشريعة الإسلامية منهجاً قانونياً متميزاً لأحكام البيع. وظهرت في العصر الحديث تطورات ملحوظة وفعالة في مجال البيوع الدولية.

وتمثلت هذه التطورات في قيام غرفة التجارة الدولية بباريس التي أعدت قواعد موحدة لتفسير المصطلحات المتعامل بها في مجال التجارة الدولية، وأيضاً قواعد تختص بتنظيم وسائل الدفع الدولية مثل الاعتمادات المستندية والتحصيل المستندي.

اهتمت أيضاً منظمة الأمم المتحدة بالبيوع الدولية وأصدرت من خلال لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية الاتفاقية الرئيسية في هذا الشأن، وهي اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود بيع البضائع الدولية فيينا ١٩٨٠ م.

وأنشئت في العصر الحديث منظمة التجارة الدولية لتكمل صورة التطور في البيوع الدولية عن طريق الاتفاقات الخاصة بالتجارة في السلع، والتي تم إبرامها ضمن جولة الأورجواي.

وأخيراً ظهور التجارة الإلكترونية يُعد مظهرًا متقدمًا لتطور البيوع الدولية. وقد تبين لنا أن العقد الإلكتروني يمثل صورة حديثة من صور البيع الدولي وأن وجه الاختلاف بين العقد الإلكتروني وعقد البيع الدولي في صورته العامة يتمثل في وسيلة الإيجاب والقبول.

كما لا بد من الإشارة إلى أهمية التنسيق الكامل والتعاون المباشر بين غرفة التجارة الدولية بباريس ولجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية ومنظمة التجارة الدولية في مجال تطوير وتوحيد أحكام البيع الدولي، وإيجاد آلية مشتركة بينهم لهذا الغرض خاصة أن العولمة والنظام الاقتصادي الحديث يتطلب التنسيق والتعاون بين كافة المنظمات والمؤسسات الدولية بهدف توحيد وتنظيم أحكام التجارة الدولية لمصلحة الدول كافة بما فيها الدول النامية.

من خلال التطور التاريخي لعقد البيع يمكن استخلاص أربعة مصادر رئيسية لأحكام البيع هي: العقود النموذجية والشروط العامة، وقواعد الانكوتيرمز التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس، والقانون الموحد للبيع الدولي (اتفاقية لاهاي سنة ١٩٦٤ م)، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود بيع البضائع الدولية سنة ١٩٨٠ م.

وقد اختص كل مصدر من هذه المصادر بتبني منهج محدد لتنظيم أحكام البيع الدولي مع اتفاق الاتفاقيتين في تناولهما للأحكام العامة لهذا العقد، واختلافهما في تفاصيل هذه الأحكام. وتختص العقود العامة والشروط النموذجية بالتحديد التفصيلي للالتزامات البائع والمشتري الأساسية والفرعية وبيان المواصفات الفنية للبضاعة موضوع العقد. وتحدد الانكوتيرمز الالتزامات المتقابلة وفق التصنيف الخاص بالبيع الدولية في شكل قائمة ثنائية، القائمة الأولى تضم التزامات البائع، والقائمة الثانية تضم التزامات المشتري المتقابلة للالتزامات البائع.

أما اتفاقية لاهاي واتفاقية الأمم المتحدة فقد تضمنتا تحديداً للالتزامات المتقابلة الرئيسية إضافة إلى أحكام موضوعية أخرى خاصة بالبيع الدولي.

وخلصنا بالنسبة لتعريف عقد بيع البضائع إلى أن المفهوم العام لتعريف هذا العقد في التشريعات الوطنية يركز على ثلاثة عناصر أساسية هي: تسليم البضائع ونقل ملكيتها من جانب البائع ودفع الثمن من جانب المشتري. وبالنسبة لتحديد دولية عقد البيع فقد اتضح لنا أن هنالك ثلاث نظريات يتم بموجبها هذا التحديد، أولاً: نظرية المعيار القانوني: وتقضي بتحديد دولية عقد البيع وفقاً للعناصر القانونية للعلاقة التعاقدية وارتباط هذه العلاقة بأكثر من نظام قانوني واحد.

ثانياً: نظرية المعيار الاقتصادي ويُحدد العقد الدولي وفقاً لها استناداً إلى حركة الأموال والبضائع عبر الحدود.

ثالثاً: نظرية المعيار المزدوج وتقرر تحديد دولية العقد وفقاً للمعيار القانوني والاقتصادي معاً، ويكون ذلك في حالة اشتغال العقد على عنصر أجنبي وتعلقه في نفس الوقت بمصالح التجارة الدولية.

أ. البيع F

أولاً. عقد البيع FOB

يعني البيع FOB تسليم البضاعة على ظهر السفينة، وهو البيع الذي يلتزم فيه البائع بتسليم البضاعة في ميناء الشحن المتفق عليه، وعلى ظهر السفينة التي يقوم بتعيينها المشتري. ويتحمل تبعه المخاطر والمصروفات التي تتعلق بالبضاعة إلى حين تسليمها على ظهر السفينة، ولا يلتزم بنقل البضاعة أو التأمين عليها أو دفع المصروفات الخاصة بذلك.

النوع الأول Classic FOB Contract

ويلتزم البائع في هذا البيع بوضع البضاعة على ظهر السفينة تمهيداً لنقلها بموجب عقد النقل الذي أبرمه لحساب المشتري وعلى نفقته، ويقوم أيضاً بتسليم بوليصة الشحن ومن ثم تسليمها إلى المشتري،

ويلتزم المشتري بتعيين السفينة في ميناء الشحن، ويلتزم أيضًا بالتأمين على البضاعة أو يكلف بها البائع ولكن على نفقته.

النوع الثاني FOB. Contract with additional services

وفي هذا النوع يقوم البائع بشحن البضاعة والتأمين عليها ولكن على حساب المشتري. وعلى خلاف ما جاء في النوع الأول فإن الذي يقوم بتعيين السفينة هو البائع وليس المشتري. ويقوم البائع أيضًا بإبرام عقد النقل مع الناقل لحساب المشتري وتسلم بوليصة الشحن ويُعد هذا النوع صورة حديثة للبيع في مجال التجارة الدولية، حيث يقوم البائع فيه بخدمات إضافية نيابة عن المشتري، باعتبار إنَّه الطرف الأقدر على القيام بهذه المهام لمساعدة المشتري من تسلم البضاعة.

النوع الثالث: FOB Contract "Buyer contracting with carrier"

ويختلف هذا النوع عن النوعين السابقين في أن المشتري هو الذي يقوم بإبرام عقد النقل مباشرة أو بواسطة وكيل عنه، ولا علاقة للبائع مطلقًا بعقد النقل. ويقوم المشتري أيضًا بتعيين السفينة، ويتم تسليم بوليصة الشحن مباشرة للمشتري وليس عن طريق البائع. ونلاحظ أن هذا النوع يتفق مع النوع الأول في أن المشتري في كليهما يقوم بتعيين السفينة

بصورة عامة، وقد حددت الانكوتيرمز الالتزامات المتقابلة للبائع والمشتري في البيع حيث يلتزم البائع وفقًا لها بالآتي

١. تسليم البضاعة على أن تجتاز حاجز السفينة في ميناء الشحن المعين ومطابقتها للعقد.

٢. الحصول على مستندات التصدير وموافقة الدولة وتخليص البضاعة جمركيًا للتصدير وتحمل

النفقات الخاصة بذلك.

٣. يتحمل كافة مخاطر فقدان والضرر الذي يلحق بالبضاعة حتى اجتياز حاجز السفينة في ميناء الشحن.

٤. يلتزم بإخطار المشتري بوضع البضاعة على ظهر السفينة، وتسليمه مستند إثبات التسليم أو رسالة تبادل المعلومات في حالة البيع الإلكتروني.

٥. التغليف اللازم لنقل البضائع حسب طبيعتها. ويلتزم المشتري وفقاً لهذه القواعد بالآتي

١. دفع الثمن المحدد في العقد.

٢. تسلم البضاعة.

٣. القيام على نفقته بالحصول على مستندات الاستيراد والموافقة الرسمية من الدولة والقيام بالإجراءات الجمركية الخاصة بالاستيراد.

٤. إبرام عقد نقل البضاعة.

٥. تحمل مخاطر الضرر والفقدان منذ لحظة اجتياز البضاعة حاجز السفينة.

٦. دفع تكاليف البضاعة منذ لحظة اجتيازها حاجز السفينة.

ثانياً. البيع FAS

يعني البيع FAS التسليم بجانب السفينة على أرصفة الموانئ، ويلتزم البائع في هذا البيع بتسليم البضاعة بوضعها بجانب السفينة التي يتم تعيينها بواسطة المشتري ويتحمل المصروفات الخاصة بذلك. ويلتزم المشتري في هذا البيع بتعيين السفينة وإخطار البائع بذلك قبل فترة معقولة. ويلتزم أيضاً بشحن البضاعة في السفينة، حيث تنتهي مسؤولية البائع عند حد وضع البضاعة على جانب السفينة. وتنتقل الملكية وتبعية الهلاك من البائع إلى المشتري عند وضع البضاعة بجانب السفينة

ونلاحظ أن البيع FOB يشبه البيع FAS من ناحية الالتزامات الواردة فيه. ويختلف عنه في حدود التسليم، حيث تحدد نقطة التسليم في البيع FAS قبل نقطة التسليم في البيع FOB وتبعاً لذلك فإن المشتري في البيع FAS هو الذي يقوم بتخصيص مكان الشحن على السفينة ومساحته وتاريخ الشحن لأن التزام البائع ينتهي بوضع البضاعة على جانب السفينة.

ولا يتحمل البائع نفقات وضع البضاعة على ظهر السفينة ولا علاقة له بعقد النقل مطلقاً.

ثالثاً: البيع FCA

يعني البيع FCA تسليم الناقل - مكان التسليم المعين. وهذا البيع يشبه البيع FOB من ناحية الالتزامات الأساسية، ويختلف معه في التسليم، حيث يلتزم البائع في البيع FCA بتسليم البضاعة إلى عهدة الناقل في المكان المعين المتفق عليه، وفي حالة عدم الاتفاق على مكان معين يكون التسليم في المكان الذي يقوم فيه الناقل بتسلم البضاعة في عهده.

ويلتزم البائع في البيع FCA بنفس الالتزامات المحددة في البيع FOB فيما عدا مكان التسليم والذي يكون كما ذكرنا سابقاً بوضع البضاعة في عهدة الناقل، وفيما عدا ذلك يلتزم بكافة الإجراءات الخاصة بتصدير البضاعة ودفع النفقات الخاصة بذلك، ويتحمل البائع مخاطر البضاعة حتى لحظة تسليمها إلى عهدة الناقل.

ويلتزم المشتري وفقاً لهذه القواعد بنفس الالتزامات التي يلتزم بها المشتري في البيع FOB وهي: دفع الثمن المحدد في العقد، والقيام بكافة الإجراءات الخاصة باستيراد، البضاعة منذ لحظة تسليمها إلى عهدة الناقل خلال مدة معقولة، ويتحمل أيضاً مخاطر البضاعة منذ لحظة تسليمها إلى عهدة الناقل.

ب. البيع C

أولاً. البيع CIF

كلمة «سيف CIF» مأخوذة من الحروف الأولى للكلمات الإنكليزية Insurance and Cost،

وهذه الكلمات الإنكليزية الثلاث تعني بالتسلسل: ثمن البضاعة، بدل التأمين، وأجرة النقل.

يعني البيع CIF أن البضاعة خالصة القيمة وأجرة النقل والتأمين، ويعرف بأنه: (البيع الذي يتفق

فيه البائع مع المشتري بتسليم البضاعة في ميناء الشحن، ويقوم بشحنها على سفينة يتم تعيينها بواسطته

والتأمين عليها. وفي مقابل ذلك يقوم المشتري بدفع ثمن البضاعة وأجرة الشحن وقيمة التأمين).

والجدير بالذكر أن تنفيذ التزامات البائع في هذا البيع يقوم بصورة أساسية على تسليم المستندات،

حيث يلتزم البائع بتسليم المشتري ثلاث مستندات أساسية تمثل الإطار الخاص بتنفيذ الالتزامات وإبرام

العقود الخاصة بتنفيذ الالتزامات في هذا البيع، والمستندات الثلاثة هي:

١. بوليصة الشحن: وتثبت قيام البائع بإبرام عقد النقل البحري الخاص بنقل البضاعة.
٢. وثيقة التأمين: وتثبت قيام البائع بإبرام عقد تأمين البضاعة ضد المخاطر والأضرار.
٣. الفاتورة التجارية: وتثبت البيانات الواردة في عقد بيع البضائع الدولي مثل الكمية، والسعر، والمواصفات الخاصة بالبضاعة.

ويحدد الفقه الإنجليزي التزامات البائع في البيع CIF بالآتي

١. شحن البضاعة في ميناء الشحن ومطابقتها لشروط العقد.
٢. إبرام عقد نقل البضاعة إلى ميناء الوصول المحدد في العقد. التأمين على البضاعة وفقاً للشروط التجارية السائدة بمراعاة مصلحة المشتري.

٤. إصدار الفاتورة التجارية تتضمن قيمة البضاعة وقيمة التأمين وأجرة الشحن التي يلتزم المشتري

بدفعها عند تسليم البضاعة في ميناء الوصول.

٥. تسليم المستندات إلى المشتري لتمكينه من دفع أجرة الشحن وتسليم البضاعة في ميناء الوصول.

٦. إخطار البائع بموعد شحن البضاعة، أو ميناء الوصول عندما يحق له تحديد ذلك.

ثانياً. البيع CFR

يعني البيع CFR أن البضاعة خالصة القيمة وأجرة النقل، ويطلق عليه أيضاً C&F ويعرف (بأنه البيع الذي يتفق فيه البائع مع المشتري ويلتزم بموجبه البائع بتسليم البضاعة على ظهر السفينة في ميناء الشحن وإبرام عقد النقل، ولا يلتزم بالتأمين عليها، وتصبح بمجرد التسليم على مسؤولية المشتري. ويلتزم المشتري في مقابل ذلك بدفع قيمة البضاعة زائداً أجرة النقل).

ونلاحظ أن التزامات البائع في البيع C&F هي نفس التزامات البائع في البيع CIF فيما عدا أن البائع في البيع لا يلتزم بالتأمين على البضاعة. ونلاحظ أيضاً تماثل التزامات المشتري في البيعين فيما عدا أن المشتري في البيع C&F هو الذي يقوم بالتأمين على البضاعة.

ثالثاً. البيع CPT

يعني البيع CPT أجرة النقل مدفوعة، مكان الوصول معين. ويتفق هذا البيع مع البيع C&F في أن البائع لا يلتزم أيضاً بالتأمين.

ويلتزم البائع وفقاً لقواعد الانكوتيرمز في البيع CPT بدفع تكاليف نقل البضاعة إلى مكان الوصول المعين. وتنتقل مخاطر الضرر والفقدان الذي يلحق بالبضاعة من البائع إلى المشتري عندما يقوم البائع بتسليم البضاعة إلى عهدة الناقل. ويلتزم البائع بتسليم البضاعة إلى عهدة الناقل الأول في حالة وجود

ناقلين متعاقبين لنقلها إلى مكان الوصول المعين. ويلتزم المشتري في مقابل ذلك بتسلم البضاعة من الناقل في مكان الوصول المعين.

رابعاً. البيع CIP

يعني البيع CIP أجرة النقل والتأمين مدفوعة، مكان الوصول معين. ويلتزم البائع في هذا البيع بنفس الالتزامات المحددة في البيع CPT وإضافة إلى ذلك يلتزم البائع بالتأمين على البضاعة ضد أخطار الضرر والفقدان الذي يلحق بالبضاعة أثناء النقل، ويقوم في هذا الشأن بإبرام عقد التأمين، ويلتزم بتسليم البضاعة إلى عهدة الناقل أو إلى الناقل الأول في حالة تعددهم لنقلها إلى مكان الوصول المعين في التاريخ أو ضمن المهلة المتفق عليها. ويلتزم المشتري في مقابل ذلك بتسلم البضاعة من الناقل في مكان الوصول المعين.

وتنتقل مخاطر الضرر والفقدان الذي يصيب البضاعة من البائع إلى المشتري عند تسليم البضاعة إلى الناقل الأول، ويتحمل البائع الزيادة التي تطرأ في أجرة الشحن ومصروفات التأمين من تاريخ إبرام العقد حتى تسليم البضاعة إلى الناقل الأول.

ت. البيوع D

أولاً. البيع DAF

يعني البيع DAF تسلم الحدود، مكان التسليم معين. ويصنف هذا البيع ضمن البيوع مكان الوصول. ويقصد به البيع الذي يقوم فيه البائع بوضع البضاعة في النقطة والمكان المتفق عليه المتاخمين لحدود بلد المشتري مع تحديد مكان الوصول بدقة، ويلتزم البائع أيضاً بالقيام بكل الإجراءات الجمركية اللازمة في بلد التصدير ولا يلتزم بالتأمين على البضاعة، ويستعمل هذا البيع فقط بالطرق البرية مثل السكة حديد وسيارات الشحن.

وحددت قواعد الانكوتيرمز التزامات البائع في البيع DAF بالآتي

١. تسليم البضاعة بوضعها تحت تصرف المشتري في مكان التسليم المعين على الحدود خالصة الجمارك ومطابقة لشروط العقد.
٢. تسليم الفاتورة التجارية أو الوثيقة الإلكترونية وأية مستندات أخرى يتفق عليها في العقد.
٣. الحصول على رخصة التصدير والقيام بالإجراءات الجمركية الخاصة بتصدير البضاعة.
٤. إبرام عقد نقل البضاعة على نفقته إلى نقطة الوصول المتفق عليها.
٥. يتحمل مخاطر الضرر والفقدان الذي يلحق بالبضاعة حتى لحظة تسليمها في مكان التسليم المعين على الحدود.
٦. إخطار المشتري بشحن البضاعة.
٧. تسليم المشتري مستندات إثبات التسليم ووثيقة النقل.

ثانياً. البيع DES

يعني البيع DES تسلم ظهر السفينة، مكان الوصول معين. ويطلق عليه أيضًا Ex. ship وهو البيع الذي يقوم فيه البائع بتسليم البضاعة غير خالصة الجمارك في بلد الاستيراد بوضعه تلك البضاعة تحت تصرف المشتري على متن السفينة في ميناء الوصول المتفق عليه. ويستعمل هذا البيع عادة بالنسبة للبضائع السائبة كالحبوب والبتروول والتي يتطلب شحنها تخصيص سفينة كاملة ويتحمل البائع في البيع DES مخاطر الضرر والفقدان الذي يلحق بالبضاعة أثناء الرحلة وحتى تسليمها بوضعها تحت تصرف المشتري على متن السفينة في ميناء الوصول، وبتسليمها على هذا النحو تنتقل تبعة تحمل المخاطر الخاصة بالبضاعة إلى المشتري، ولا يلتزم البائع بتأمين البضاعة لمصلحة المشتري.

وحددت الانكوتيرمز الالتزام الأساسي للبائع في البيع DES بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري على ظهر السفينة في ميناء الوصول المعين غير خالصة الجمارك للاستيراد. ويلتزم البائع أيضًا وفقًا لهذه القواعد بكافة الالتزامات الأخرى المحددة في البيع DAF وفي مقابل ذلك يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في العقد، وتسلم البضاعة عند وضعها تحت تصرفه على ظهر السفينة في ميناء الوصول، ويلتزم أيضًا بالالتزامات المحددة بالنسبة للمشتري في البيع DAF.

ثالثًا: البيع DEQ

يعني البيع DEQ تسلم الرصيف "الرسوم مدفوعة"، مكان الوصول معين. وحددت الانكوتيرمز DEQ البيع بأنه ذلك البيع الذي يلتزم فيه البائع بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري على الرصيف في ميناء الوصول المعين خالصة الجمارك للاستيراد في الموعد المتفق عليه. ويتحمل البائع في هذا البيع جميع مخاطر الفقدان والضرر حتى تسليم البضاعة على الرصيف، والقيام بالالتزامات الأخرى المحددة في بيوع العائلة ((D)، وفي مقابل ذلك يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في العقد وقبول تسلم البضاعة بمجرد وضعها تحت تصرفه، والقيام بالالتزامات الأخرى المحددة في بيوع العائلة المذكورة.

رابعًا: البيع DDU

يعني البيع DDU التسلم والرسوم غير مدفوعة، مكان الوصول معين. ووفقًا للانكوتيرمز فإن البيع DDU يعني البيع الذي يلتزم فيه البائع بالتسليم بوضع البضاعة في المكان المعين في بلد الاستيراد، ويتحمل البائع التكاليف والمخاطر الناجمة عن إيصال البضاعة إلى ذلك المكان، ولا يتحمل الرسوم والضرائب والنفقات الرسمية التي تدفع على الاستيراد، ويتحمل البائع أيضًا تكاليف ومسؤوليات القيام بالإجراءات الجمركية والالتزامات الأخرى التي يتطلبها ذلك البيع باعتباره بيعًا من بيوع الوصول. وفي مقابل ذلك يقوم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في العقد، ويلتزم بتسليم البضاعة بمجرد وضعها تحت

تصرفه، ويقوم بدفع التكاليف الإضافية وتحمل المسؤوليات الناجمة عن عدم قيامه بتخليص البضاعة جمركيًا للاستيراد في الوقت المناسب، ويقوم بالالتزامات الأخرى المحددة في هذه البيوع

خامسًا: البيع DDP

يعني البيع DDP التسلم الرسوم مدفوعة، مكان الوصول معين. وحددت الانكوتيرمز البيع DDP بأنه البيع الذي يلتزم فيه البائع بتسليم البضاعة بوضعها في المكان المعين في بلد الاستيراد، ويتحمل البائع جميع الأخطار والتكاليف بما فيها الرسوم والضرائب والنفقات الأخرى حتى تسليم البضاعة خالصة الجمارك للاستيراد، وتبعًا لذلك يتحمل البائع الرسوم والنفقات التي تدفع عند الاستيراد والتصدير ما لم يتفق على غير ذلك. ويمثل هذا البيع الحد الأقصى للالتزامات البائع في البيع الدولي. وفي مقابل ذلك يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في العقد. وتسلم البضاعة عندما توضع تحت تصرفه، والقيام بالالتزامات الأخرى المحددة في بيوع العائلة.

نخلص بالنسبة لأنواع البيوع الدولية إلى أن التصنيف الخاص بهذه الأنواع ينبنى على أسس محددة تتعلق بطبيعة الالتزامات المتقابلة وبصفة خاصة التزام البائع بالتسليم والتزام المشتري بدفع الثمن، حيث يتبين لنا أن أسس تصنيف العائلة E التي تضم البيع EXW والعائلة F التي تضم البيوع FAS، FOB، FCA، هو التزام البائع بالتسليم وبالتحديد مكان التسليم أي نقطة التسليم.

وأساس التصنيف في العائلة C التي تضم البيوع CIF، CFR، CPT، CIP هو التزام البائع بالتسليم والالتزامات الفرعية اللازمة لهذا التسليم وهي التزامي النقل والتأمين. وتبعًا لالتزام التسليم والالتزامات الفرعية الأخرى يكون تحديد الالتزام المقابل للمشتري بدفع الثمن، حيث يلتزم المشتري بدفع قيمة البضاعة زائدًا قيمة ما أداه البائع من التزامات أخرى خاصة بالنقل والتأمين.

وتتمثل أسس التصنيف في بيوع العائلة D: وتضم البيوع .DAF، .DES، .DDU، .DEQ، .DDP

في التزام البائع بالتسليم، مكان الوصول معين أي تحديد مكان الوصول والتزامه بدفع الرسوم تبعًا لمكان التسليم.

نخلص من كل ما تقدم إلى أن عقد بيع البضائع الدولي تطور تطورًا تدريجيًا عبر المراحل الزمنية الثلاث، حيث عرفه الناس في العصور القديمة بصورة تقليدية لسد حاجاتهم الضرورية، وكان سببًا مباشرًا لاختلاط الشعوب ببعضها البعض وتقدم الحضارة الإنسانية بصفة عامة. وكان للعرب دور أساسي في إرساء مبادئ التجارة بين الشعوب في تلك الفترة.

فيما يتعلق بتحديد دولية عقد البيع، نبين أن اتفاقية لاهاي تحدد البيع الدولي وفقًا للمعيار الشخصي بأن يكون العقد بين أطراف توجد منشأتهم في دول مختلفة، مع إضافة معيار مادي واحد من ثلاثة معايير هي: أن تكون البضاعة موضوع العقد وقت إبرام العقد محل نقل من دولة إلى أخرى، أو أن تكون بعد إبرام العقد محل لهذا النقل. ثانيًا: صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين. ثالثًا: تسليم البضاعة في دولة مختلفة عن الدولة التي صدر فيها الإيجاب والقبول.

أما اتفاقية الأمم المتحدة فقد حددت البيع الدولي وفقًا لمعيار وجود منشآت أطراف البيع في دولتين مختلفتين شريطة أن تكون دولتين متعاقدين، أو دولتين غير متعاقدين ولكن قواعد القانون الدولي الخاص تؤدي إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

وفي إطار تحديد دولية عقد البيع تبين لنا أن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي هو الذي يحدده القانون الدولي الخاص بموجب قاعدة الإسناد فيه بقانون إرادة المتعاقدين. إضافة إلى ذلك يذهب الاتجاه الفقهي الحديث إلى إخضاع البيع الدولي في مجال التحكيم للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية مثل العادات والأعراف التجارية وأحكام العقود النموذجية والشروط العامة وأيضًا الاتفاقيات الدولية،

واقترحنا في هذا الشأن تبني تطبيق هذه القواعد لما تحققه من مزايا تتمثل في فعاليتها في حسم المنازعات الناشئة عن هذا العقد باعتبارها القواعد ذات الصلة به، وتؤدي أيضًا إلى النأي بهذا العقد من التشريعات الوطنية التي يغلب عليها القصور في تحديد أحكام البيع الدولي.

يمكن ان نصل من خلال ما سبق إلى تعريف محدد لعقد بيع البضائع الدولي يقوم على المفهوم العام لعقد بيع البضائع، ويستند إلى معيار تحديد دولية عقد البيع الذي أقرته اتفاقية الأمم المتحدة باعتبارها الاتفاقية الأحدث في هذا المجال، والتعريف هو: (العقد الذي يلتزم بموجبه البائع الذي توجد منشأته في دولة بأن ينقل للمشتري الذي توجد منشأته في دولة أخرى ملكية بضاعة بمقابل يسمى الثمن). بالنسبة لأنواع البيوع الدولية: وفقًا لقواعد الانكوتيرمز تقسم البيوع الدولية إلى أربع عائلات رئيسية، وتضم كل عائلة عدد معين من البيوع. وتبين لنا أن أساس تحديد هذه الأنواع هو طبيعة الالتزامات المتقابلة، وبصفة خاصة التزامي التسليم ودفع الثمن، حيث يتم التصنيف وفقًا لالتزام التسليم والالتزامات الفرعية المكملة له مثل النقل والتأمين، وتبعًا لذلك يراعى في التصنيف أيضًا التزام دفع الثمن.

وبنفس نهج اتفاقية لاهاي نصت أيضًا اتفاقية الأمم المتحدة على التزامات البائع الأساسية في البيع الدولي على النحو التالي:

(يلتزم البائع بتسليم البضائع والمستندات المتعلقة بها وبنقل ملكية البضائع وذلك على النحو المنصوص عليه في العقد وفي هذه الاتفاقية)

يتضح مما تقدم أن الالتزامات الأساسية للبائع في البيع الدولي تتمثل في: التزام تسليم البضاعة، والالتزام المطابقة، والالتزام تسليم المستندات.

ونلاحظ أن اتفاقيتي لاهاي والأمم المتحدة حددتا فقط الالتزامات الأساسية للبائع في هذا العقد، ولم تتضمننا تحديدًا للالتزامات الثانوية في أنواع البيوع الدولية المختلفة باعتبار أن الالتزامات الثانوية ترتبط

دومًا بالالتزامات الأساسية حسب نوع البيع الدولي، مثل: التزام البائع بالنقل والتأمين يرتبط بالتزام تسليم

البضائع وتسليم المستندات في البيع CIF.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقيتين الدوليتين قررتا المبدأ العام للمطابقة في إطار التزام التسليم،

وحددتا الأحكام الخاصة بالمطابقة بصورة مستقلة. وخصصت اتفاقية الأمم المتحدة في هذا الصدد فرعًا

مستقً لا خاصًا بأحكام وضمانات المطابقة.



المبحث الثالث. التزام البائع بضمان التعرض

والاستحقاق

إن البائع لا يلتزم فقط بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري، يتوجب عليه كذلك أن يضمن للمشتري ملكية خالصة، وهذا هو ضمان التعرض. كما يتوجب عليه أن يضمن له الانتفاع والاستعمال الطبيعي للشيء المبيع وهذا هو ما يطلق عليه ضمان العيوب الخفية.

هذين الالتزامين متلازمين بالنسبة إلى الالتزام بتسليم الشيء المبيع. بالواقع لا يكون هناك خدمة أو منفعة للمشتري إذا تسلم الشيء المبيع، وبعد ذلك نزعته منه الملكية لسبب من الأسباب أو أن الشيء المبيع لا يصلح لتلبية حاجات المشتري.

بواسطة الالتزام بالضمان يُمنح المشتري وعداً من البائع على ألا يفقد حقوقه المكتسبة على الشيء المبيع إما لسبب سابق على البيع أو لسبب لاحق إذا تم ذلك نتيجة لعمل أو تصرف من قبل البائع.

من حيث المبدأ، إن البائع ملزم بنقل الملكية إلى المشتري بشكل كامل، فإذا لم يكن مالكاً واستحق المبيع فهذا ما نطلق عليه الاستحقاق الكلي في بيع ملك الغير، ويحق للمشتري طلب إبطال البيع وفق المادة ٤٣٤ مدني سوري إذا كان البائع مالك لجزء من المبيع أو أن المبيع مثقل ببعض الحقوق، هذا هو موقع الاستحقاق الجزئي. أ يأن الملكية التي تعهد البائع بنقلها إلى المشتري لم تخلص له كاملة، كأن يكون العقار محملاً بحق ارتفاق أو انتفاع أو مؤجراً إلى الغير وهنا يحق للمشتري طلب فسخ العقد مع التعويض في الحالات التي يوجد فيها مبرر.

إلى جانب الحالتين السابقتين، أعطى المشرع للمشتري دعوى إضافية، هي دعوى الضمان وهذه الدعوى لا ترفع من قبل المشتري إلا إذا وقع تعرض له من المالك الحقيقي، أو من قبل الغير. هذه الدعوى لا ترفع إلا بعد تسليم الشيء المبيع أما بالنسبة إلى دعوى الإبطال فترفع عادة قبل وقوع التعرض.

كذلك دعوى الضمان غير دعوى الفسخ، إن دعوى الضمان سببها قيام عقد البيع والتعويض فيها يكون وفقاً للنصوص القانونية ٤٠٨-٤١١-٤١٢ مدني سوري وهذا غير متروك لتقدير القاضي، وإذا كانت تتقدم بخمسة عشرة سنة فهذه المدة تسري من وقت وقوع التصرف، أما دعوى الفسخ فتعترض فسخ عقد البيع لا قيام هذا العقد وتقدير التعويض متروك للقاضي الناظر في الدعوى، وإذا كانت تتقدم بمرور خمسة عشرة سنة فتسري هذه المدة من وقت تمام عقد البيع، وليس من وقت وقوع التعرض.

نستطيع الاستنتاج من ذلك أن دعوى الضمان هي دعوى مستقلة عن كل من دعوى الإبطال والفسخ.

والتزام البائع بالضمان يعد في حقيقة الأمر التزاماً مزدوجاً فهو من ناحية يلتزم بعدم التعرض شخصياً للمشتري أي التزام بالامتناع، ومن ناحية أخرى يلتزم بضمان التعرض الصادر من الغير وهذا التزام إيجابي فإذا حصل تعرض التزم هذا الأخير بدفعه تنفيذاً عينياً لالتزامه، فإذا أخفق في دفعه واستحق المبيع للغير جزئياً أو كلياً فيلتزم بضمان الاستحقاق، والالتزام بالضمان يُعد مجرد امتداد للالتزام بالتسليم إذ لا جدوى من تسليم المبيع إذا كان يعقبه ما يؤدي إلى سلب ملكية المشتري أو إلى حرمانه من الانتفاع بالمبيع.

و يلاحظ أن الالتزام بضمان عدم التعرض و الاستحقاق لا يقتصر على عقد البيع و إنما يوجد في كافة التصرفات الناقلة للملكية كالهبة و الشركة، كما يوجد هذا الالتزام أيضاً في العقود الواردة على حق

الانتفاع كالإيجار، و لذلك كان من المفروض و ضع أحكام الضمان ضمن النظرية العامة للالتزام، و لكن مراعاة من المشرع في أن عقد البيع هو العقد الذي يغلب فيه استعمال الضمان فقد رأى أن يضع فيه القواعد العامة له، كما إنَّه و من جهة أخرى و بالرجوع إلى التطور التاريخي لعقد البيع خاصة في القانون الروماني فإن الضمان مرتبط بهذا النوع من العقود. إن البيع في الحقوق الرومانية كان يتم بطريقة manicipation أي القبض باليد وكانت تقتصر هذه الطريقة على بيع الأشياء الثمينة حيث لم تكن الملكية تنتقل بالنبة إلى هذه الأشياء إلا بواسطة هذه الطريقة. فإذا تناول البيع بطريقة manicipation شيئاً تعود ملكيته للغير بحيث يُستحق حتى ولو كان بيد المشتري ويسترده مالكة. كان المشتري يُمنح في هذه الحالة دعوى جزائية وله إجبار البائع على رد ما تقاضاه من ثمن مع التعويض. ولقد انتهج القانون المدني الفرنسي هذا النهج فنظم أحكام الضمان في عقد البيع واتبعه في ذلك القانون السوري الذي نص على ذلك في القانون المدني منه، واكتفي في العقود الأخرى بالإحالة إليه مع بيان ما يتميز به الضمان في كل عقد من أحكام مختلفة عنه.

ويتناول هذا الفصل ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع وينشأ هذا الضمان على البائع عندما يستلم المشتري المبيع ومن ثم يجب على البائع أن يقوم بتنفيذ التزاماته ومن بينها تمكين المشتري من المبيع والانتفاع به انتفاعاً هادئاً، وفي حالة ثبوت ملكية المبيع للغير كله أو بعضه فيقع عليه الالتزام بالتعويض إذا كان له مبرر أي ضمان الاستحقاق. إلا أن البائع يلتزم بالتزام واحد وأصيل وهو ضمان التعرض، أما ضمان الاستحقاق فهو نتيجة يلجأ إليها في حالة فشل هذا الأخير في تنفيذ التزامه أي عدم تمكنه من التنفيذ العيني فيتوجب عليه حينها القيام بالتنفيذ بمقابل (ضمان الاستحقاق) ويقصد به ثبوت حق للغير على المبيع مهما كان هذا الحق سواء كان عيني كالملكية أو حق متفرع عنها كحق الارتفاق أو حق غير عيني كحق الإيجار أو كان هذا الاستحقاق كلياً أو جزئياً.

المطلب الأول. التعرض الصادر من البائع

تنص المادة ٤٠٧ مدني على أنه: " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه ".

يستنتج من هذا النص، أن البائع يتكلف بالتعهد بأن يضمن عدم تعرضه للمشتري في الشيء المبيع. يستند التزام البائع بالضمان إلى عقد بيع صحيح فلا التزام إذا كان العقد باطلاً أو قضي بإبطاله (قابل للإبطال)، والتعرض الشخصي هو كل عمل، مادي أو قانوني مباشر أو غير مباشر صادر من البائع ويكون من شأن هذا العمل حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع كلياً أو جزئياً والالتزام بالضمان أن يمتنع عن القيام بهذه الأعمال عملاً بقاعدة (من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض) .

البائع يضمن عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، كما يضمن البائع عدم تعرض أحد من الغير للمشتري يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري وينشأ التزام البائع بعدم التعرض إذا صدر منه أعمال تعرض المشتري بعدم إبرام عقد البيع، فما هي أعمال التعرض الصادر من البائع.

^١ عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص ٦٢٢.

الفقرة الأولى. أعمال التعرض الصادرة من البائع

للمشتري

قد يكون التعرض تعرضاً مادياً أو قانونياً سواء كان مباشراً أو غير مباشر في كلتا الحالتين، إلا أن التقسيم الأول هو الشائع والذي سنخصه بالدراسة.

أولاً. التعرض المادي

هو الذي لا يستند فيه البائع إلى حق يدعيه، بحيث يترتب عليه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع كلياً أو جزئياً وقد يكون مباشراً (كاغتصاب البائع للعين المبيعة من المشتري) وقد يكون غير مباشر (كما إذا تسبب البائع في أن تصدر جهة الإدارة قراراً يحذف من الانتفاع بالأرض المبيعة) ، وهذا التقسيم بدوره يتفرع إلى قسمين:

أ. أعمال مادية محضة

كقيام شخص ببيع براءة اختراعه ثم يقوم باستغلالها بعد ذلك، فإن هذا الاستغلال يُعد تعرضاً أما إذا تعرض البائع للمشتري بعمل من أعمال التعدي أو العنف فإنه يكون مسؤولاً عن عمله كأى شخص آخر ارتكب عملاً غير مشروع، لا كبائع ملتزم بضمان عدم التعرض . مثال ذلك أن يبيع شخص محلاً

^١ عبد الرزاق السنهوري: نفس المرجع، ص ٦٢٧.

^١ توفيق حسن فرج: الوجيز في عقد البيع، طبعة ١٩٨٨، الدار الجامعية، الإسكندرية، ص ١٢٠.

تجاريا ثم يقوم بعد البيع بافتتاح محلاً آخر بجوار المحل المبيع يتاجر في نفس النشاط الذي يقوم به المشتري لأن من شأن ذلك اجتذاب عملاء المحل المبيع مما يؤثر على المشتري بالتأكد.

وفي هذه الحالة تتقرر مسؤولية البائع لإخلاله بالتزامه بالضمان، فالمسؤولية هنا عقدية وليست تقصيرية ويختلف الحال فيما لو فتح شخصاً آخر غير البائع ذلك المحل الجديد فلا يقوم التزام بالضمان في جانبه.

وكذلك يعد تعرضاً فتح محل قريب من المحل المبيع بنفس الاسم التجاري وكذلك قيام البائع بإعادة طبع المؤلف للمصنف مرة أخرى بعد أن نزل عن حق نشره لناشر، وقبل نفاذ الطبعة المنشورة بناء على عقد النشر المبرم بينهما لكن ينبغي التفرقة بين أعمال التعرض المادي الصادر من البائع وأفعال التعدي أو العنف التي قد تصدر من البائع، وقد تصدر عن غيره والتي يعاقب القانون فاعلها باعتبارها أفعالاً غير مشروعة يسأل عنها البائع كما يسأل عنها الغير، فالتعرض المادي الصادر عن البائع يلتزم البائع بضمانه مسؤولية عقدية، بينما التعدي أو العنف يسأل البائع عنها باعتبارها أفعالاً غير مشروعة ويحق للمشتري أن يطالب البائع بالكف عنها أو يقيم مسؤوليته على أساس المسؤولية التقصيرية أو على أساس القانون الجزائي كما لو هدم البائع سور المنزل بعد بيعه أو أحد مبانيه وتعد من قبيل التعرض المادي قيام البائع بإجراء تصرف قانوني إلى الغير فإن ذلك يعد عملاً مادياً بالنسبة للمشتري الأول لأنه ليس طرفاً في هذا التصرف^١.

^١ انظر البدرائي: السابق رقم ١٨٥، ص ٢٩٠.

^١ انظر السنهوري: المرجع السابق، رقم ٣٣٠، ص ٧٩٨.

ب. أعمال مادية ناتجة عن تصرفات قانونية

فالتصرف القانوني الصادر من البائع إلى الغير يعد عملاً مادياً بالنسبة للمشتري لأنه ليس طرفاً في هذا التصرف. ومثال ذلك أن يقوم البائع ببيع الشيء مرتين فهنا نكون أمام تعرض مزدوج فهو تعرض من المشتري الثاني (يُعد كغير لأنه استمد حقه من تصرف البائع) وعليه فإن مصدر هذا التعرض واصله هو البائع. فعندما يبيع البائع عقاره إلى مشتري ثاني، ومن ثم يسارع المشتري الثاني إلى تسجيل عقده قبل المشتري الأول، ومن ثم يُطالب المشتري الأول إذا كان متسلم العقار بموجب دعوى استحقاق وينتزع العقار من بين يديه، وهنا يكون التعرض مادي من قبل المشتري الثاني بصيغة تصرف قانوني وهو في الوقت ذاته تعرض صادر من قبل البائع، لأن المشتري الثاني بتعرضه قد استحقه من البائع. في جميع الأحوال، يجب أن يقع التعرض فعلاً، أما مجرد احتمال وقوعه فلا يكفي لإعمال هذه القاعدة. إن مجرد تهديد البائع بمنعه أو بعرقلته من الانتفاع بالشيء المبيع لا يكفي لدفع التعرض. يجب أن يقع فعلاً عملاً مادياً يؤدي إلى منع المشتري من استعمال الشيء والانتفاع به أو تملكه.

ثانياً. التعرض القانوني

هو الذي يستند فيه البائع إلى حق (كما إذا ادعى إنّه مالك للمبيع أو صاحب حق عيني كحق انتفاع أو ارتفاق أو صاحب حق عيني آخر) trouble de droit atteinte fondée sur un droit (prétendu)، كما قد يستند البائع إلى حق سابق عن عقد البيع أو لاحق له كأن يبيع البائع عقار للمشتري دون أن تتم إجراءات التسجيل التي تؤدي إلى نقل الملكية وخلال هذه المدة يرفع البائع دعوى على المشتري باعتباره إنّه لا يزال مالكا للعقار، ففي هذه الحالة يستطيع المشتري أن يدفع بضمان البائع لتعرضه، إذ إنّه لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان.

١- ومن أمثلة التعرض القانوني من جانب البائع أن يدعى بارتفاق له على العقار المبيع لمصلحة عقار آخر يملكه دون أن يكون هذا الارتفاق ظاهراً أو أن يكون المشتري قد أعلم به عند البيع حتى يمكن القول بأنه مسلم بوجوده.

٢- يُعد من قبيل التعرض القانوني من جانب البائع أن يقوم بتصرفات قانونية تتعلق بالمبيع كأن يبيع البائع العقار مرة ثانية، ويبادر المشتري الثاني للتسجيل قبل المشتري الأول، فتنتقل إليه الملكية دون المشتري الأول فهذا يعد تعرضاً قانونياً من جانب البائع لأن الحق (العقار المبيع) قد آل إلى الغير (المشتري الثاني) من البائع أو بعبارة أدق لأن المشتري الثاني في تعرضه قد استمد حقه من البائع، ونفس الأمر بالنسبة لبائع المنقول الذي يبيعه مرة ثانية لمشتري آخر ويسلمه له دون المشتري الأول، في هذين المثالين يؤول الأمر إلى استحقاق المشتري الثاني للمبيع فهذا تعرض قانوني .

في هذه الحالات يحق للمشتري أن يطالب البائع بضمان التعرض لأنه لا يجوز للبائع أن يطالب باسترداد المبيع بعد البيع لأن القاعدة " أن من وجب عليه الضمان امتنع عليه الاسترداد " فلا يجوز للبائع استرداد المبيع استناداً على أي سند آخر أو أن يستعمل عليه حقا ما فمن شأن هذه الأفعال أن تتعارض مع حق المشتري في الانتفاع بالمبيع انتفاعاً كاملاً هادئاً.

لكن إذا كان يمتنع على البائع المطالبة باسترداد المبيع بعد البيع استناداً لملكه بالميراث أو الشراء من المالك الحقيقي أو إلى إنَّه قد وهب له المبيع، أو يطالب بإبطال البيع استناداً لبيع ملك الغير إلا أن هذا لا يحول دون حق البائع في أن يرجع على المشتري بدعوى ناشئة عن البيع أو تستند إليه بخولة القانون إياها مثل طلب البائع بطلان العقد لمخالفة محله للنظام العام أو سببه أو أن يطلب إبطال البيع

^١ انظر البدرأوى: المرجع السابق، رقم ١٨٦، ص ٢٩٠. ويُعد السنهاوي أن هذا نوع من التعرض المادي من جانب البائع لأن تصرف، المشتري للغير يعد تعرضاً مادياً بالنسبة للمشتري، انظر الوسيط، رقم ٣٣٠. ص ٧٩٨.

لانعدام أهليته وقت البيع أو أن يطالب بفسخ البيع لتحقيق سببه، فكل هذا جائز ولا يدخل هذا ضمن التزام البائع بعدم التعرض للمشتري، ولا يحق للمشتري بالتالي أن يطالبه بالضمان في هذه الحالات.

أو أن يبيع عينا غير مملوكة له ثم يصبح مالكا لها لسبب من أسباب الملكية (الإرث، الوصية)، فيحتج البائع بصفته الجديدة ففي هذه الحالة يستطيع المشتري الدفع بالتزام البائع بالضمان. نستنتج مما سبق إنه لتحقيق التعرض يجب أن يقوم عنصرين:

أ. وقوع التعرض فعلاً

فلا يكفي التهديد بالتعرض ولا يكفي احتمال وقوعه وعلى ذلك لا يُعد تعرضاً ما يبديه البائع في دعوى تثبيت البيع التي يقيمها عليه المشتري من دفع أو طلبات يهاجم بها إجراءات الخصومة سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها بمضي المدة، إذ لا يُعد هذا من قبيل التعرض لحقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع فالمهم هو أن يحدث التعرض فعلاً أي ينفذ بالفعل، ولذلك إذا بيع العقار لمشتري وبيع مرة ثانية لمشتري ثان وسجل هذا الأخير في الوقت الذي لم يسجل فيه المشتري الأول انتقلت الملكية للمشتري الثاني وفقاً للقانون، فلا يعد ذلك تعرضاً للمشتري الأول طالما أن المشتري الثاني لم يتخذ إجراءات نزع ملكية العقار المبيع للمشتري الأول ولا يحق له رفع دعوى الضمان.

يترتب على ذلك أن تقادم دعوى الضمان تبدأ بالسرطان من وقت التعرض فعلاً، وهو تقادم مدته خمس عشرة سنة.

ب. أن يؤدي فعل التعرض إلى حرمان المشتري كلياً أو

جزئياً من الانتفاع بالمبيع

ويعد هذا الشرط نتيجة للشرط الأول، فيجب أن يكون من شأن أعمال التعرض التي يأتيها البائع أن تحول دون انتفاع المشتري بالمبيع سواء أدى ذلك إلى حرمانه من الانتفاع كلياً أم أدى إلى حرمانه بصفة جزئية من الانتفاع بالمبيع، فالمشتري لم يشتر المبيع ولم يدفع ثمنه إلا لأجل تملكه والانتفاع به حسبما يترأى له وفقاً لطبيعة المبيع ولغرض المشتري من الشراء.

الفقرة الثانية. خصائص ضمان التعرض الشخصي

يتصف الالتزام بضمان التعرض الشخصي بالخصائص التالية:

١/ عدم قابليته للتجزئة: فهو التزام بالامتناع عن عمل من شأنه أن يحرم المشتري من الانتفاع من المبيع كلياً أو جزئياً، فلا يمكن أن ينفذ البائع جزء منه دون الآخر. فإذا كان المبيع قابل للانقسام وتعدد البائعون فلا يجوز لأي منهم أن يتعرض للمشتري في أي جزء من المبيع، ذلك لأن هذا الالتزام لا يقبل التنفيذ الجزئي وبالتالي فإن الدفع بالضمان بدوره لا يقبل التجزئة.

٢/ إنه التزام مؤبد : فلا يجوز للبائع أن يتعرض للمشتري مهما طال الزمن على انعقاد عقد البيع وهو ما تؤيده المادة 414 من القانون المدني في فقرتها الأولى الذي يفهم منه الأخذ بمبدأ أبدية الضمان (التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي ابدى لا يسقط بالتقادم) فالالتزام بالضمان من شأنه أن يمنع البائع من التمسك بالتقادم المكسب والمسقط على السواء وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية، أما محكمة النقض المصرية ذهبت إلى أن الالتزام بالضمان لا يحول دون اكتساب البائع

للملكية بالتقادم المكسب وإن كان يحول دون سقوط دعوى صحة ونفاذ عقد البيع بالتقادم، وأرى أن قضاء محكمة النقض الفرنسية قضاء منطقي يتفق مع القول بأبدية الالتزام بالضمان فهو الأرجح.

٣/ انتقال الالتزام بالضمان إلى الورثة: إن المدين في الالتزام بالضمان هو البائع ويتعهد هذا الأخير بالامتناع عن القيام بأي تعرض للمشتري في المبيع لأنه خرج من ملكيته فلا يمكن التصرف فيه لأنه أصبح ملكا للمشتري، أما بالنسبة للدائن فهو الذي يلزم البائع بتنفيذ التزامه والامتناع عن أي تعرض يحول دون انتفاعه بملكية المبيع وبما أن المدين هو البائع فهل ينتقل هذا الالتزام إلى ورثته؟. إننا نجد كل من (القانون السوري) و(القانون المصري) ينصان على عدم إمكانية انتقال الالتزام بالضمان إلى الورثة بل يبقى في تركة البائع فلا يستطيع الورثة أن يستوفوا حقوقهم من التركة إلا بعد سداد الديون، عكس ما ذهب إليه (القانون الفرنسي) وهو إمكانية انتقال الدين إلى الورثة عند قبولهم التركة ولا يمكن أن يكون هذا الضمان دين إلا في حالة وقوع التعرض وفشل البائع في دفعه فيلتزم بالتنفيذ عن طريق التعويض وفي حالة وفاة البائع ينتقل هذا الدين إلى تركته، حيث جاء في الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢٩/٠٤/١٩٧٥ أن التزام البائع بالضمان من الالتزامات الشخصية التي تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده فيتعين عليه تنفيذه عينا بدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية فان لم ينجح وجب عليه تنفيذ التزامه عن طريق التعويض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم كذلك وإلى الأبد التعرض للمشتري فيما كسب من حقوق بموجب العقد، ولكن مع غياب نص قانوني سوري يدعم هذا الاجتهاد فإنه لا يمكن الاستناد على الاجتهاد المصري وإنما يتعين علينا الاكتفاء بالقواعد العامة للقانون. فلا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف الخاص ولا إلى دائن البائع ومنه يبقى الملزم بالضمان البائع فقط . وتجدر الإشارة إلى أن^٣ ضمان التعرض لا يقبل الانقسام بين ورثة البائع بينما ضمان

^١ أنور طلبه: عقد البيع في ضوء قضاء النقض، توزيع دار الفكر العربي، القاهرة، ص ١٥٧.

الاستحقاق يقبل ذلك، فإذا تعدد الورثة ليس على المشتري أن يطالب بالتعويض إلا في حدود نصيب كل وارث، أما بالنسبة للدائن في الالتزام بالضمان فهو المشتري. فهل يمكن انتقال هذا الالتزام إلى ورثته؟ نعم ينتقل حق المشتري في الضمان إلى خلفه العام والخاص . فالالتزام بالبائع بالضمان يشمل كل أنواع البيوع سواء كانت قضائية أو إدارية أو رضائية بخلاف ضمان العيوب الخفية .

الفقرة الثالثة. أحكام التعرض الصادر من البائع

وفقا للقواعد العامة فإنه إذا أخل البائع بالتزامه بعدم التعرض للمشتري في انتفاعه بالمبيع، كان لهذا الأخير أن يطالب إما بالتنفيذ العيني للالتزام بعدم التعرض، وإما فسخ عقد البيع مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى، ذلك أن المادة ١٥٨ مدني تنص على إنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى ".

على البائع أن يمتنع عن القيام بأعمال من شأنها أن تحول دون اكتساب المشتري الحق المبيع والدفاع عنه أمام المحاكم، وهو التزام غير قابل للانقسام أسوة بأي التزام بالامتناع عن عمل أي أنه في حالة تعدد المدينون، يتوجب عليهم جميعاً الامتناع عن القيام بأعمال تؤدي الى عدم تمكين المشتري من الانتفاع بالعين المبيعة. وفي حال قيام أحدهم بهذه الأعمال التزموا جميعاً بالضمان كما في بيع الشركاء على الشيوع العقار المشاع. فإذا تعرض أحدهم للمشتريين بعرقلته من الانتفاع بالعقار، اعتبروا جميعاً ناكلين عن تنفيذ التزاماتهم، ووجب عليهم الضمان، لكن إذا تحول الضمان إلى تعويض نقدي، قُسم التعويض بين الدائنين بقدر حصة كل واحد منهم.

^١ عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص ٦٣٥.

^٢ معوض عبد التواب: مدونة القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، طبعة ١٩٨٧. ص ١٤٩.

كذلك، إنّ التزام البائع بعدم التعرض هو التزام دائم فيتوجب على البائع أن يتمتع عن التعرض للمشتري في أي وقت بعد البيع ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من خمسة عشرة سنة، فإذا أخل البائع بأن تعرض للمشتري، تولد عن الالتزام الأصلي الدائم بعدم التعرض التزام جزائي بالتعويض، وهذا الالتزام هو الذي يسقط بالتقادم، فإذا لم يطالب به المشتري خلال خمسة عشرة سنة من وقت وقوع التصرف سقط بالتقادم ولا يستطيع المشتري بعد ذلك المطالبة به.

كما أنّ التزام البائع بالضمان هو التزام بتحقيق نتيجة لا مجرد التزام بعناية حيث يتوجب عليه عدم التعرض للمشتري وتثبيت حقه في الملكية وتمكينه من الانتفاع بها، وإذا أخل بذلك فإنّ الجزاء المترتب على ذلك على النحو الآتي:

أولاً. التنفيذ العيني

فإذا تعرض البائع للمشتري تعرضاً مادياً، كان للمشتري أن يطلب وقف استمرار هذا التعرض وإزالة كل ما يترتب عليه، فإذا فتح البائع محلاً تجارياً بجوار المحل المبيع كان للمشتري أن يطلب غلق هذا المحل، وإذا كان العرض قانونياً بحتاً بأن أدعى أن له حقاً على المبيع يتعارض مع حقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع، كان للمشتري أن يدفع هذا الادعاء بأن البائع ملزم بالضمان وأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض، فله أن يطالب القضاء بالحكم بعدم أحقية البائع في ادعائه. بالإضافة إلى طلب التنفيذ العيني فإنّه يكون للمشتري أن يطالب التعويض عما يصيبه من أضرار من جراء هذا التعرض، ويقدر التعويض وفقاً للقواعد العامة.

ثانياً. الفسخ

قد لا يختار المشتري طلب التنفيذ العيني وإنما يختار بدلاً منه طلب فسخ البيع لإخلال البائع بالتزامه بعدم التعرض للمشتري.

ومن المعروف وفقاً للقواعد العامة أن الحكم بالفسخ أمر جوازي للقاضي، فله سلطة تقديرية في هذا الصدد فله أن يقضى به وله أن يرفض الحكم بالفسخ إذا لم يكن الإخلال بالالتزام جسيماً. وللمشتري فضلاً عن طلب الفسخ أن يطلب التعويض عما أصابه من أضرار نتيجة للتعرض الصادر من البائع.

ثالثاً. بطلان الاتفاق على عدم التعرض الشخصي

وفقاً للمادة ٤١٤ مدني فإنه " إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك ".

فالقاعدة إنَّه يجوز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بزيادة الضمان أو إنقاصه، لكن الاتفاق على إسقاط الضمان فهو غير الجائز، وإذا حدث اتفاق على إسقاط الضمان فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً، ويظل البائع مسؤولاً عن ضمان تعرضه الشخصي سواء كان تعرضاً مادياً أم قانونياً ويكون للمشتري الرجوع عليه بدعوى ضمان التعرض وإهدار كل قيمة لشرط الإعفاء من الضمان.

وبالتالي فإنه إذا ما فتح البائع متجراً بجوار المتجر المبيع ويكون من شأنه منافسة المشتري فإنه يلزم بالضمان حتى لو وجد شرط الإعفاء من الضمان، وكذلك إذا تعرض البائع للمشتري بعد البيع بادعائه حقا له على المبيع يتعارض مع ما للمشتري من حقوق فإنه يلتزم بالضمان حتى لو وجد شرط الإعفاء أو الإسقاط للضمان.

ويبطل شرط عدم الضمان سواء أكان سبب الاستحقاق سابقاً على البيع أم لاحقاً له، أي إنّه لا يجوز للبائع أن يحتج بحق مستحدث على المبيع.

المطلب الثاني. ضمان البائع لتعرض الغير

لا يقتصر التزام البائع على عدم التعرض الشخصي الصادر منه سواء كان مادياً أم قانونياً فقط وإنما يمتد الالتزام ليشمل أفعال التعرض القانوني الصادرة عن الغير والتي تتمثل في ادعاء الغير بوجود حق قانوني له على المبيع من شأنه لو صح لأدى لانتزاع المبيع من يد المشتري أو تعكير حيازته وانتفاعه بالمبيع، وعلى ذلك يتعين بيان ما هي أفعال التعرض التي تصدر عن الغير وما هي الشروط المطلوبة لاعتبار تلك الأفعال بمثابة تعرض قانوني يلتزم البائع بدفع وكذلك ما هي البيوع التي ينشأ فيها هذا الالتزام، الآثار التي تترتب على وجود أفعال التعرض تلك.

الفقرة الأولى. شروط التعرض الصادر من الغير

لا يلتزم البائع بضمان كل تعرض يصدر عن الغير للمشتري وإنما يجب أن تتوافر في أعمال التعرض تلك عدة شروط حتى يترتب عليها نشوء التزام البائع بالضمان.

أولاً. أن يكون التعرض قانونياً

لا يسأل البائع عن أعمال التعرض المادي الصادرة من الغير، فأى تعرض مادي يصدر من الغير لا شأن للبائع به ويكون المشتري وشأنه مع الغير بصدد هذا النوع من التعرض المادي، ذلك أن القانون قد كفل للمشتري وسائل الحماية العامة في حالة تعرض الغير، فإذا انتزع الغير المبيع من المشتري عنوة أو تعرض له في حيازته فإن المشتري يستطيع أن يرفع ضد الغير دعاوى منع التعرض إذا لم يصل

الأمر إلى حد سلب حياة المشتري أو دعوى استرداد الحياة إذا ترتب على التعرض سلب الحياة أو دعوى وقف الأعمال الجديدة إذا اتخذ التعرض شكل إقامة بناء أو نحوه، وكذلك يستطيع المشتري اللجوء للجهات الإدارية إذا وقع اغتصاب على ملكه، ويستطيع أن يطالبه بالتعويض، وكذلك فإن هناك الحماية التي يكفلها القانون الجزائي للمشتري في حالة التعدي أو السرقة أو غيرها من صور التعدي.

إن أفعال التعرض القانوني الصادرة من الغير فالبائع يسأل عنها بمعنى أن يكون ضامناً لها، وعلى ذلك فإنه إذا تعرض أجنبي للمشتري في حياته للمبيع مستنداً إلى وجود حق قانوني له على المبيع كان هذا تعرضاً قانونياً يلتزم البائع بدفعه ومن قبيل ذلك ادعاء الغير بوجود حق ملكية له على المبيع أو انتفاع أو اختصاص أو حقاً شخصياً كما لو تمسك بعقد إيجار صدر له، أو عدم خضوع عقار إلى حق ارتفاق مقرر لصالح العقار المبيع. وقد يقع التعرض دون أن توجد خصومة بين المشتري والغير، كما لو اعترف المشتري للغير بحقه بناءً على المستندات التي قدمها له الغير ويكون للمشتري في هذه الحالة الرجوع بضمان التعرض على البائع. ويستوي في الحق الذي يدعيه الغير أن يكون حقاً شخصياً كحق المستأجر أو حقاً عينياً كادعاء الغير بأنه المالك الحقيقي للعين المبيعة.

ثانياً. أن يحدث التعرض بالفعل

بمعنى إنه يجب أن يحصل التعرض بالفعل فلا يكفي أن يكون محتملاً، أو عبارة عن مجرد تهديد أو مجرد الخوف من حدوثه، لأن ذلك لا يخول المشتري إلا الحق في حبس الثمن أي الامتناع عن الوفاء بالثمن إلى البائع طبقاً للمادة ٢/٤٢٥ مدني، إلى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ولكن لا يخول له رفع دعوى ضمان التعرض لكن إذا حدث التعرض بالفعل فإنه يجوز له رفع دعوى ضمان التعرض على البائع. ومثال حالة عدم وجود تعرض فعلي وجود حق رهن على المبيع، لا يتحقق به الضمان طالما أن الدائن المرتهن لم يتخذ أي إجراء على العين المبيعة، فالتعرض الفعلي لا يتحقق في هذه الحالة إلا من

يوم شروع الدائن المرتهن في التنفيذ أي من يوم تسلمه الإنذار بالدفع أو التخلية، وكذلك لا يعد تعرضاً فعلياً حالة بيع ملك الغير ذلك أن مجرد علم المشتري بأن البائع غير مالك للمبيع لا يعطيه حق رفع دعوى الضمان وإنما يتحقق التعرض فعلاً بأن يكون المالك الحقيقي قد تملك المبيع ورجع فعلاً على المشتري.

ويقع التعرض فعلاً إذا رفعت دعوى على المشتري من قبل الغير يطالبه فيها بالاستحقاق الكلي أو الجزئي للمبيع أو دعوى رهن يطالب فيها بدين مضمون برهن على المبيع أو دعوى ارتفاق يطالب فيها بحق ارتفاق على المبيع.

ويقع التعرض بالفعل أيضاً دون رفع دعوى على المشتري ويتحقق ذلك إذا اعتقد المشتري أن الغير على حق فيما يدعيه فيسلم له بآدعائه أو يصالحه عليه أو يدفع له الدين المضمون برهن .

ويتجلى التعرض القانوني الذي يدعيه الغير في صور متعددة. فقد يكون هذا التصرف في صورة دعوى استحقاق كلي يطالب بموجبها الغير المشتري بملكية المبيع كله، أو دعوى استحقاق جزئي يطالب بموجبها بجزء من المبيع، أو دعوى رهن يطالب فيها بدين مضمون برهن على المبيع. في هذه الحالة الأخيرة، يلجأ الدائن المرتهن إلى نزع ملكية العقار المبيع ويقع التصرف في هذه الحالة بمجرد إنذار المشتري بالدفع أو التنفيذ، فيجوز عندئذٍ للمشتري أن يطلب من البائع أن يدفع عن هذا التعرض بأن يوفي الدائن دينه أو يعمل على شطب الرهن بأي وسيلة.

ومن الممكن أن يكون التصرف في صيغة دعوى ارتفاق يُطالب فيها بحق ارتفاق على المبيع أو دعوى إيجار يتمسك فيها الغير على المشتري بعقد إيجار صدر له كمستأجر.

^١ السنهاوري: السابق، رقم ٣٤٠، ص ٨١٥.

إذاً، حتى يكون البائع ضامناً لتعرض الغير، يجب أن يكون هذا التصرف مبنياً على سبب قانوني، والحق الذي يدعيه الغير على المبيع يجوز أن يكون حقاً عينياً أو حقاً شخصياً.

ثالثاً. أن يكون سبب التعرض سابقاً على المبيع

يشترط لتحقيق ضمان البائع لتعرض الغير أن يستند الغي في تعرضه هذا إلى سبب سابق على عقد البيع، أي يدعى الغير حقاً سابقاً على البيع وهذا ما يستفاد من نص المادة ٤٠٧ مدني التي تقول " فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع ".

فإذا كان سبب تعرض الغير لاحقاً على البيع لا يضمنه البائع ويرجع ذلك إلى إنّه غالباً ما تكون الواقعة المؤدية للتعرض لاحقة على المبيع لا تعدو أن تكون راجعة في الغالب إلى خطأ من المشتري نفسه أو إهمال أو تقصير منه، ويمكن أن نضرب مثلاً لذلك نص عليه المشرع نفسه في المادة ٣/٤٠٨. فقد قضى المشرع بأنه إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حال قوة الأمر المقضي، فقد حقه في الرجوع بالضمان، إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق، فسبب الاستحقاق هنا راجع لفعل المشتري، ولذلك لا يسأل عنه البائع.

ومع ذلك فإنّه إذا كان الأصل هو أن البائع لا يسأل عن التعرض القانوني الصادر من الغير بعد عقد البيع، إلا إنّه يسأل عن التعرض اللاحق للبيع إذا كان الحق الذي يدعيه الغير ويستند إليه في تعرضه قد استمد من البائع نفسه، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٠٧ مدني صراحة قائلة " ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه ".

وتطبيقاً لذلك إذا تصرف البائع ببيع العقار مرة أخرى بعد البيع الأول وسجل المشتري الثاني عقده وانتقلت إليه الملكية كان للمشتري الأول الرجوع بالضمان على البائع رغم أن سبب التعرض لاحق للبيع

وذلك لأن المشتري الثاني المتعرض قد تلقى حقه بعد البيع من البائع نفسه. أما لو اكتسب الغير ملكية العقار المبيع بالتقادم بعد إبرام البيع، بأن كان المبيع في حيازته قبل البيع لمدة اثنتي عشر سنة، وبقي حائزاً له بعد البيع لمدة ثلاث سنوات أخرى، فإن الحق الذي اكتسبه الغير يكون قد نشأ بعد البيع، فلا يكون البائع ضامناً له. ويتحمل المشتري هنا مسؤولية إهماله لعدم قيامه بقطع التقادم الذي أدى إلى اكتساب ملكية العقار بالتقادم. وعلى العكس، إذا كان الغير قد اكتسب ملكية المبيع بالتقادم قبل البيع، فإن البائع يكون ضامناً لتعرض الغير في هذه الحالة. من الممكن أن نأخذ حكم هذه الحالة الأخيرة على ضمان تعرض الغير في حالة الملكية الفكرية بشقيها الصناعي والأدبي، حيث يلتزم البائع بأن يضمن للمشتري خلو البضاعة المباعة من أي حق للغير، يتعلق بحق من حقوق الملكية الصناعية أو التجارية أو يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وهي الحقوق التي تعرف جملة، بحقوق الملكية الفكرية، إذ إن مثل هذا التعرض يفسد حق المشتري في التمتع في الحيازة الهادئة للمبيع. ذلك أن المنازعات في هذا الشأن تحرم المشتري من الانتفاع الهادئ بالمبيع. خذ مثلاً شراء معرض للسيارات سيارات جديدة من نوع تويوتا، فإذا كان صاحب براءة هذا النوع من السيارات على خلاف مع الشركة الصانعة في اليابان، فإن هذا النزاع يقلق معرض السيارات ويطالبه بمطالبات وإجراءات قضائية قد تنتهي إلى مشكلات مع صاحب البراءة، فيكون البائع ضامناً مثل هذا التعرض. لكن مثل هذه الادعاءات وخاصة في البيوع الدولية، قد تؤثر على البائع في حالة تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه، فمن غير المقبول والحال كذلك أن نطلب من البائع مراعاة قواعد الملكية الفكرية حسب قانون لا يعلم لأي دولة يتبع. لذلك اشترطت المادة ٤٢ من اتفاقية فيينا للبيوع الدولية لإعمال ضمان البائع في حالة ادعاء الغير المبني على حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالبضاعة شرطين:

١. علم البائع بالحق الذي يدعيه الغير أو ادعاءه، وهذا ضابط شخصي لا يحقق نتيجة ثابتة في مجال المعاملات بين البائع والمشتري، لذلك أضاف النص ضابطاً مادياً وهو إثبات أن البائع كان ينبغي عليه ألا يجهل وجود الحق أو الادعاء، وإثبات ذلك يقع على عاتق المشتري.

٢. أن يستند حق الغير المدعى به إلى حقوق الملكية الصناعية أو الملكية الذهنية وفقاً لقانون الدولة التي سيعاد بيع البضاعة فيها، شرط أن يتوقع طرفا العقد بيع البضاعة أو استعمالها في تلك الدولة وقت إبرام البيع، أما إذا لم يتوقع الطرفان شيئاً من ذلك، فالعبرة كما تقول الفقرة (ب) من المادة (٤٢) بقانون الدولة التي توجد فيها منشأة المشتري.

ولا يشترط لقيام التزام البائع بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير أن يكون المشتري وقت البيع غير عالم بالحق الذي يدعيه الغير، فسواء أكان البائع يعلم بهذا الحق أو لا يعلم به فيقوم التزامه بالضمان، فالبائع يكون مسؤولاً عن الضمان إلا إذا اشترط البائع عدم مسؤوليته عن تعرض الغير باتفاق خاص وفقاً للمادة ٤١٣ مدني، إلا أن هناك حكم خاص بضمان حق الارتفاق يفترض فيه أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري، بمعنى أن البائع لا يضمن تعرض الغير في ادعائه بحق ارتفاق على المبيع إذا كان البائع قد أعلم المشتري به أو كان هذا الحق ظاهراً بحيث يستطيع المشتري أن يعلم به، فعلم المشتري بهذا الحق سواء لأن البائع أعلمه به أو ظهور هذا الحق يعفي البائع من الضمان أي لا يضمنه البائع، أما إذا لم يعلم البائع بهذا الحق أو لم تكن هناك علامات ظاهرة تدل عليه فالبائع يضمن تعرض الغير بهذا الحق.

هذا بخلاف النص الفرنسي في المادة ١٦٣٨ في حالة الارتفاق والتكاليف الواقعة على العقار، فإن المشتري لا يكون له الحق بالضمان إلا في الحالة التي يجهل وجود حقوق الغير على المبيع والتي يتمكن الغير بواسطتها من الاحتجاج بهذه الحقوق في مواجهة المشتري.

الفقرة الثانية. أطراف التعرض الصادر من الغير

أولاً. المدين في الالتزام بضمان تعرض الغير

المدين في الالتزام بضمان تعرض الغير هو البائع فهو يضمن تعرضه الشخصي وضامن للتعرض القانوني من الغير، ولا ينتقل الالتزام بضمان تعرض الغير إلى الخلف العام كالوارث لأن الالتزام لا ينتقل إلى الوارث بل يبقى دينا في التركة. كما لا ينتقل الالتزام بضمان تعرض الغير إلى الخلف الخاص كالمشتري ولا ينتقل أيضا إلى دائن البائع.

يقع على عاتق البائع ولا يتعداه إلى دائنه.

أما بالنسبة لكفيل البائع فإنه يكون ملزما بضمان التعرض الصادر من الغير.

ثانياً. الدائن في الالتزام بضمان تعرض الغير

المشتري هو الدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير، وينتقل هذا إلى الخلف العام كالوارث، فالوارث يستطيع أن يرجع على البائع بضمان تعرض الغير إذا ما وقع هذا التعرض من أجنبي تماما كما هو الحال بالنسبة لمورثه البائع. وينتقل الحق في ضمان تعرض الغير للخلف الخاص كالمشتري الثاني الذي يجوز له أن يرجع على البائع كما لو باع شخص دارا إلى مشتري وباع المشتري الدار لمشتري ثان، فإن المشتري الثاني يكون له الرجوع على البائع للمشتري الأول بضمان تعرض الغير.

الفقرة الثالثة. الآثار المترتبة على حدوث تعرض الغير

إذا حدث تعرض أجنبي للمشتري بأن أدعى الأجنبي حقا قانونيا يتعارض مع حق المشتري وتوافرت شروط التعرض القانوني الصادر من الأجنبي بأن وقع التعرض بالفعل وكان مبنيا على سبب قانوني وكان سبب التعرض سابقا على البيع أو لاحقا له ولكنه مستمد من البائع، فإن المشتري يرجع على البائع لدفع هذا التعرض ويكون ذلك عن طريق طلب التنفيذ العيني، بأن يمنع البائع تعرض الغير وإذا أفلح في ذلك كان بها ونعمت، وإذا لم يفلح في منع هذا التعرض بأن نجح الغير في ادعائه وقضى له به كان على البائع أن ينفذ التزامه بطريق التعويض.

أولاً. التنفيذ العيني (ضمان التعرض بطريق التدخل)

تنص المادة ٤٠٨ من التقنين المدني على أنه:

١- إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع وأخطر بها البائع كان على البائع بسحب

الأحوال ووفقا لقانون المرافعات أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله.

٢- فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى، وجب عليه الضمان إلا إذا

أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه.

٣- وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر

المقضي، فقد حقه في الرجوع بالضمان إلا إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض

دعوى الاستحقاق.

يتضح من هذا النص أننا أمام حالة تعرض للمشتري من الغير واتخذ هذا التعرض صورة رفع

دعوى استحقاق كما هو الحال في أغلب الحالات يدعي الغير في هذه الدعوى بحق على المبيع سواء

أكان حق ملكية لكل المبيع أو ملكية جزء منه، أو تكون دعوى أخرى يطالب فيها الغير بحق رهن أو انتفاع أو ارتفاق، فهنا يتحقق التزام البائع بضمان تعرض الغير ويكون على البائع أن ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً وذلك عن طريق تدخله في دعوى الاستحقاق إلى جانب المشتري أو ليحل محله فيها، ويكون هذا التدخل بسحب نص المادة ٤٠٨ مدني وفقاً لقانون المرافعات، ولكن حتى يتدخل البائع في الدعوى فعلى المشتري أن يخطر به بالدعوى وذلك على النحو التالي

أ. التزام المشتري بإخطار البائع بالتدخل

يكون تنفيذ البائع لالتزامه بالضمان تنفيذاً عينياً في هذه الحالة عن طريق تدخله في دعوى الاستحقاق إلى جانب المشتري أو يحل محله فيها وذلك ليدفع هذا التصرف بكل الوسائل القانونية المتاحة حتى يصل إلى حكم برفض دعوى الغير.

يجب على المشتري أن يخطر البائع بالدعوى المرفوعة عليه، ولكن لا يشترط الحصول على الأخطار أن يَتم بشكل خاص وإنما يجوز أن يَتم بأي صورة من الصور أي قد يتم بورقة رسمية كإعلان على يد محضر أو أن يَتم بكتابة بريد مسجل أو عادى أو حتى مشافهة، المهم أن يَتم الإخطار ولكن من مصلحة المشتري أن يَتم الإخطار بطريقة يستطيع بها إثبات هذا الإخطار. ووفقاً للأعمال التحضيرية للقانون المدني فإن الغاية من الإخطار هي أن يتبصر البائع في وسائل الدفاع عن الحق الذي باعه في الوقت المناسب.

نص المادة ٤٠٨ مدني بأنه يتم في الوقت الملائم ولعل ذلك مرجعه أن يكون البائع على علم بالدعوى المرفوعة من الغير حتى يستطيع أن يتدخل للدفاع عن حقوق المشتري تنفيذاً لالتزامه بالضمان تنفيذاً عينياً وهذا الوقت يمتد من رفع الدعوى وأثناء السير فيها ونظرها إلى ما قبل إقفال باب المرافعة وحجز الدعوى للحكم، حتى لا تفوت الفرصة على البائع في منع تعرض الغير (مادة ١٣٥ أصول

محاكمات مدنية). وللمشتري حق الخيار في إدخال البائع في دعوى الاستحقاق أو عدم إدخاله فيها، لكن من المستحسن أن يقوم على هذا الإجراء وذلك بطلب من البائع إدخاله بالدعوى لأنه قد يكون لديه من الدفوع والوثائق الكافية برد دعوى الاستحقاق. لكن يبقى للبائع حق التدخل في الدعوى إلى جانب المشتري وذلك عملاً بالمادة ١٦٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً إلى أحد الخصوم وطالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى.

جزاء عدم الإخطار

وإذا لم يقم المشتري بإخطار البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (مادة ٣/٤٠٨)، كما لو كان لدى البائع دفع يستطيع من خلالها كسب الدعوى لصالح المشتري وأدلة ووثائق تنفي ادعاء الغير.

ولكن بالإضافة إلى عدم الإخطار فإنه يجب أن يكون قد صدر على المشتري حكم حاز قوة الأمر المقضي حتى يترتب الجزاء المتمثل في فقد المشتري لحقه في الضمان.

إذاً، حتى يترتب الجزاء المتمثل في فقد المشتري الضمان أن تتوافر عدة أمور وهي عدم قيام المشتري بالإخطار في الوقت الملائم، وصدر حكم حائز لقوة الأمر المقضي على المشتري وأن يثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق على نحو ما سبق بيانه. لكن البائع لا يستفيد من الإعفاء من الضمان إذا كان عالماً بدعوى الاستحقاق المقامة على المشتري.

يكون تدخل البائع في الدعوى عن طريق إدخال المشتري له الدعوى وقد يكون تدخل البائع عن طريق إدخال الغير له في الدعوى وقد يكون تدخله من تلقاء نفسه على اعتبار أن له مصلحة الدعوى ووفقاً لقانون أصول المحاكمات رقم ١ لعام ٢٠١٦ فإنه يكون لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى،

ففي المادة ١٦١ من هذا القانون نص المشرع على " يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى ".

وفقا للمادة ٤٠٨ مدني فإنه إذا تدخل البائع في الدعوى أو تدخل فيها فإنه يجوز للمشتري أن يبقى في الدعوى إلى جانب البائع كما يجوز له أن يخرج منها ويحل البائع محله ولكن لمصلحة المشتري أن يبقى في الدعوى.

ب. أثر تدخل البائع في الدعوى

قد يترتب على تدخل البائع في الدعوى أن ينجح في دفع دعوى الغير المتعرض، يجعله يكف عن تعرضه ونزوله عن ادعائه أو ينجح في الحصول على حكم قضائي برفض هذا الادعاء ويكسب الدعوى، وهذا هو التنفيذ العيني لالتزام البائع بالضمان.

لكن قد يخسر البائع ويحصل الغير المتعرض على حكم لصالحه ويكسب الدعوى، فهنا يتحول التزام البائع بمنع التعرض تنفيذا عينيا إلى تعويض نتيجة لاستحقاق الغير للمبيع، وهو تعويض قانوني نص المشرع على عناصره كما سنبينه.

عدم تدخل البائع بالرغم من إخطاره

وفقا للفقرة الثانية من المادة ٤٠٨ مدني " فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه ".

معنى ذلك إنه إذا أخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم ولكنه لم يتدخل وصدر حكم نهائي بأحقية الغير المتعرض، وجب الضمان على البائع إلا إذا أثبت البائع أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه.

وبعبارة أخرى فإنَّه إذا لم يرتكب المشتري تدليسا أو خطأ جسيما في الدعوى المرفوعة عليه من الغير المتعرض وثبت استحقاق الغير فإن الحكم الصادر باستحقاق الغير يكون حجة للمشتري على البائع في دعوى ضمان الاستحقاق.

وهناك حالة أخرى لعدم تدخل البائع لعدم إخطار المشتري له، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي فإن النتيجة هي أن المشتري يفقد حقه في الرجوع بالضمان وذلك إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان من شأنه أن يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (المادة ٤٠٨/٣ مدني)، فهناك صورة لعدم تدخل البائع ولكن عدم التدخل راجع إلى أن المشتري لم يخطره بالدعوى، ولذلك يفقد المشتري حقه في الرجوع بالضمان على البائع، وذلك إذا أثبت البائع أن تدخله كان من شأنه أن يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق، وتختلف هذه الحالة عن الحالة السابقة لعدم تدخل البائع بالرغم من إخطاره لأن في حالتنا هذه فالمشتري لم يخطر البائع. أو إذا أثبت البائع أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس من المشتري أو خطأ جسيم أدى إلى فشله في دعوى الاستحقاق أو تواطأ مع طالب الاستحقاق أو عدم الإدلاء بدفع منتج بالنزاع أو عدم إبراز وثيقة حاسمة فيها أو عدم الطعن بالحكم البدائي الصادر في الدعوى

حالة أخرى لعدم تدخل البائع بالرغم من إخطاره

وردت هذه الحالة في نص المادة ٤٠٩ مدني التي تنص على أنه: " يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل. كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه ". ففي هذه الصورة يثبت للمشتري حق الرجوع بالضمان على البائع بالرغم من إنَّه اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح

معه على هذا الحق، أي بالرغم من أن المشتري أنهى النزاع دون حاجة لانتظار صدور حكم لأن ظروف الدعوى تشير إلى توقع صدور حكم على المشتري ولذلك اعترف بحسن نية الأجنبي بحقه أو تصالح معه عليه دون انتظار صدور حكم قضائي ضده، فهنا لا يفقد المشتري حقه في الضمان لأنه حسن النية، ولأنه كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاة ليحل محله فيها ولكن البائع لم يتدخل.

لكن المشتري يفقد حقه في الضمان في الصورة ذلك إذا أثبت البائع بأدلة حاسمة أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه لأن البائع إن أفلح في ذلك فإن المشتري لا يستطيع الرجوع بالضمان على البائع بالرغم من إخطاره ويتحمل المشتري مغبة اعترافه للأجنبي بحقه أو نصالحه معه قبل صدور حكم قضائي في الدعوى. أو أخطأ فيما صدر منه من إقرار أو مصالحة دون حق أو تسرع في الإقرار بالحق.

ثانياً. التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق)

أ. الحالات التي يجوز فيها للمشتري أن يرجع على

البائع بضمان الاستحقاق

إذا فشل البائع في منع التعرض القانوني الصادر من الغير واستحال عليه تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا فإن للمشتري أن يرجع على البائع بالتعويض نتيجة لاستحقاق البيع للغير كلياً أو جزئياً وعلى البائع أن يعرضه عن الاستحقاق الكلي أو الجزئي، وهو ما يعرف بضمان الاستحقاق، ويكون ذلك في الحالات التالية:

١- إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وتدخل البائع في الدعوى ولكنه لم

يفلح في دفع دعوى المتعرض.

٢- إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ولم يتدخل البائع في الدعوى، وحكم للمتعرض ولم يستطيع البائع إثبات تدليس المشتري أو خطأه الجسيم.

٣- إذا أخطر المشتري البائع بالدعوى ولم يتدخل البائع في الدعوى، وأقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه، ولم يستطيع البائع أن يثبت أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.

٤- إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق وحكم للمتعرض ولم يثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان من شأنه أن يؤدي إلى رفضها.

٥- إذا سلم المشتري للمتعرض بحقه بدون دعوى يرفعها المتعرض ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.

إذا تحققت حالة من الحالات السابقة يكون للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق يطالبه بالتعويض عن عدم تنفيذ التزامه بتنفيذ عينيا ويكون التعويض عن الاستحقاق الكلي أو الاستحقاق الجزئي أو تعويضه عما أداه المشتري للمتعرض في مقابل حقه صلحا أو إقرارا بهذا الحق .

قبل دراسة الاستحقاق الكلي للمبيع هناك فرض نص عليه المشرع في حالة توقي المشتري استحقاق المبيع . في هذا الفرض لم ينتظر المشتري أن يرفع الغير دعوى يطالبه باستحقاق المبيع كله

^١ تنص المادة ٤١١ مدني على أنه:

" إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع:

(١) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت.

(٢) قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع.

(٣) المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية.

(٤) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة

٤٠٨ مدني.

(٥) وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو وفاته من كسب بسبب استحقاق المبيع. كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله.

^١ نص المشرع في المادة ٤١٠ مدني على أنه: " إذا توقي المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ."

أو بعضه ويضطر المشتري لمباشرة الدعوى المرفوعة عليه وإخطار البائع لتدخله والذي قد يتدخل وقد لا يتدخل وما ينشأ عن دعوى الاستحقاق وكذلك دعوى الضمان التي قد يرفعها على البائع من مصاريف باهظة في الوقت الذي قد يجد المشتري أن الغير المتعرض على حق في دعواه، فيتوقى استحقاق المبيع كله أو بعضه فيقوم بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر فهنا يكون على البائع حتى يتخلص من نتائج الضمان أن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه إذا كان قد دفع مبلغا محددا أو قيمة ما أداه المشتري للبائع بالإضافة إلى الفوائد القانونية وجميع المصروفات التي تكبدها المشتري في عملية توقيه للاستحقاق.

ويأتي هذا الحكم الذي وضعه المشرع تيسيرا على البائع ويختلف عن حالات الاستحقاق الكلي أو الجزئي للمبيع والذي يتعين فيها على البائع أن يعرض المشتري عن الاستحقاق تعويضا حدده المشرع نفسه في المادة ٤١١ في حالة الاستحقاق الكلي، وهو ما ننقل إليه فندرس أولاً حالة الاستحقاق الكلي ثم الاستحقاق الجزئي ثانياً.

ب. الاستحقاق الكلي

إذا استحق الغير المبيع، كان للمشتري الخيار، إما الرجوع الى القواعد العامة بالحصول على حقه. فله المطالبة بإبطال البيع عملاً بأحكام بيع ملك الغير ٤٣٤ مدني سوري، وإن شاء تمسك بفسخ العقد وذلك لاستحالة تنفيذه بصراحة المادة ١٦٠ مدني سوري. وهناك تفسيراً آخر لاستحالة محل الالتزام يقابلها انتفاء سبب الالتزام المقابل، وتؤدي هذه الاستحالة الى بطلان العقد إذا ما كان مقترناً بانعقاده وفق المادة ١٣٣ مدني سوري. وتطبيقاً لهذا النص والقواعد المقررة في المادة ١٦١ مدني سوري بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، يفترض على البائع رد الثمن إلى المشتري مع الفوائد من تاريخ قبضه كذلك تعويض المشتري عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة فسخ العقد.

إن البائع يكون مسؤولاً عن التعويض المذكور حتى لو كان عالماً أو غير عالم بسبب الاستحقاق. لكن حسن النية يكون لها أثر مميز، فإذا كان حسن النية اقتصرته مسؤوليته على الضرر المتوقع عند إبرام العقد بحسب المادة ٢/٢٢٢ مدني سوري اما إذا كان عالماً، كارتكابه غش أو خطأ جسيم بعلمه سبب الاستحقاق ولم يعلم المشتري فيكون مسؤولاً عن الضرر المتوقع وغير المتوقع.

وبهذا الصدد، ميز القانون المدني بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ ودعوى الإبطال واختص ضمان الاستحقاق بقواعد خاصة به لتقدير التعويض المستحق، ويجب عدم الخلط بين تلك الدعاوى ووضعها كلها في سلة واحدة.

ففي دعوى ضمان الاستحقاق كان المبيع مملوكاً لغير البائع فاسترده المالك الحقيقي من يد المشتري، ويرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق مع أن البائع يملك الرجوع على البائع بدعويين آخرين هما دعوى بطلان بيع ملك الغير ودعوى فسخ البيع، فدعوى ابطال بيع ملك الغير لأن البائع لم يكن مالكا لما باعه للمشتري، ودعوى الفسخ لأن البائع لم يتمكن من تنفيذ التزامه بنقل الملكية، وهذا ما ورد بعجز المادة ٤١١ التي بعد أن أوردت عناصر التعويض في حالة رجوع المشتري بضمان الاستحقاق قالت " كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله ".

ووفقا للبعض فإن هناك فرقا فنيا بين دعوى ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الإبطال ودعوى الفسخ من جهة أخرى، فكل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ تفترض أن عقد البيع قد زال أي انتهى إما بالإبطال أو بالفسخ والتعويض المستحق للمشتري هنا ليس مبنيا على العقد لأنه قد زال، وأما دعوى ضمان الاستحقاق فتفترض أن العقد باق لم يزل والتعويض فيها سببه هو عقد البيع ذاته، فالتعويض في ضمان الاستحقاق ليس إلا تنفيذا بطريق التعويض لعقد بيع تعذر تنفيذه عينا، وهذا قاطع

^١ السنهاوري: المرجع السابق، رقم ٢٥٢، ص ٨٥٨.

في أن عقد البيع باق لم يزل مادام التعويض ليس إلا تنفيذا له وبالتالي فإن التعويض في ضمان الاستحقاق مقدر على أساس أن المشتري فقد المبيع فيعوضه عنه بأخذ قيمته وقت الاستحقاق لا على أساس زوال البيع فيسترد المشتري الثمن.

أورد المشرع عناصر التعويض في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع في المادة ٤١١ مدني وهذه العناصر هي:

١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق والفوائد القانونية من ذلك الوقت:

أول عناصر التعويض الواجب على البائع دفعه إلى المشتري هو قيمة المبيع وقت الاستحقاق وقيمه وقت الاستحقاق تختلف عن قيمته وقت البيع، إذن فقيمة المبيع وقت الاستحقاق تختلف عن الثمن المذكور في العقد، فهو لا يرد الثمن وإنما يدفع للمشتري قيمته وقت الاستحقاق لأن المشتري يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية لا على أساس فسخ العقد أو إبطاله، والتعويض يكون بقدر الخسارة الفعلية وخسارة المشتري الفعلية تكون وقت حصول الضرر أي وقت الاستحقاق وهو وقت رفع دعوى الاستحقاق وهو وقت يفترض فيه علم البائع بسبب الاستحقاق وعلم المشتري كذلك برد الثمار إلى المستحق، ولكن هناك رأي يقول أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار تاريخ نزع المبيع من يد المشتري وحرمانه من الانتفاع به فعلاً، إلا أن القانون قد رتب قواعد على الثمن وفق نص المادة ٤١١ مدني سوري بدءاً من تاريخ الاستحقاق . النتيجة المترتبة على تحديد قيمة المبيع وقت الاستحقاق هي أن القيمة في هذا الوقت قد تكون أزيد من قيمته وقت البيع أي أكبر من الثمن الذي اشترى به المشتري، وذلك كما قلت قيمته بعد ذلك لارتفاع الأسعار وقد تكون قيمته قوت الاستحقاق أقل من الثمن الذي اشترى به المشتري كما لو هبطت الأسعار لتدهور قيمة العملة أو الأزمة في السوق كما لو كان البيع عقاراً تدهورت أسعار

^١ الاجتهاد القضائي الفرنسي اعتبر تاريخ الإنذار أ المطالبة القضائية هو تاريخ الاستحقاق.

العقارات لظروف ما، وقد تقل قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن وقت البيع نتيجة لفعل المشتري نفسه كما لو هدم جزءا منه أو اتلفه، المهم أن ما يحصل عليه المشتري هو قيمة المبيع وقت الاستحقاق وحصول المشتري على قيمة المبيع وقت الاستحقاق بغض النظر عما إذا كان المشتري حسن النية أو سيئ النية، وبغض النظر عن حسن نية البائع أو سوء نيته.

بالإضافة إلى قيمة المبيع ترد للمشتري الفوائد القانونية عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق وتحسب هذه الفوائد بالسعر القانوني أي بواقع ٤ % في المسائل المدنية، ٥ % في المسائل التجارية، وتقابل هذه الفوائد ريع الدار المبيعة التي يلتزم المشتري بردها للمستحق من يوم رفع دعوى الاستحقاق فهو يأخذ تعويضا عن هذا الريع الملزم برده للمستحق، هذا التعويض عبارة عن الفوائد القانونية لقيمة المبيع وقت الاستحقاق وحساب الفوائد من وقت الاستحقاق استثناء من القواعد العامة التي تقضى بأن الفوائد لا تسرى عند عدم الاتفاق إلا من يوم المطالبة الرسمية القضائية بها فهنا لا يتم حساب الفوائد من وقت المطالبة الرسمية القضائية تعويضا للمشتري عن حرمانه من الانتفاع بالمبيع.

٢- قيمة الثمار التي ردها المشتري للمستحق:

وفقا لنص المادة ٤١١ مدني للمشتري أن يطلب قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع. للمشتري إذن أن يطلب من البائع أن يرد له قيمة الثمار التي ألزم بردها للمستحق، يتضح من النص إنَّه يشترط لاسترداد المشتري لقيمة الثمار أن يكون قد دفع قيمتها للمستحق، ويلتزم برد قيمتها للمستحق إذا كان (المشتري) شيء النية أي يعلم بسبب الاستحقاق قبل رفع الدعوى عليه، ومثال ثمار المبيع ريع الدار المبيعة. وهو يرجع على البائع بما رده إلى مستحق المبيع، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٩٢٩ و ٩٣٠ م.س، يعد المشتري عالماً بسبب الاستحقاق من يوم تبليغه دعوى الاستحقاق، أما قبل ذلك فعلى طالب الاستحقاق اثبات عكس ذلك. لكن ماهي الثمار التي يلتزم بردها لمن استحق المبيع، القاعدة

أن الثمار تكون للحائز إذا كان حسن النية وقت قبضها، وعلى ذلك يستحق المشتري الثمار طيلة الوقت الذي لا يعلم فيه بحق المستحق ولا يجب عليه ردها. لكن في الوقت الذي يعلم بحق المستحق يصبح سيء النية ويكون مسؤولاً عن جميع الثمار التي قبضها. الأصل أن حسن النية مفترض حتى إثبات العكس، لكن يجوز رفع دعوى الاستحقاق، ويعد الحائز سيء النية ولذلك يلتزم برد الثمار التي يكون قد قبضها.

٣- المصروفات النافعة والضرورية التي أنفقها المشتري على المبيع والمصروفات الكمالية إذا

كان البائع سيء النية:

تنقسم المصروفات التي تنفق على المبيع إلى مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة ومصروفات كمالية، والمصروفات الضرورية هي المصروفات اللازمة لحفظ الشيء وصيانته، والمصروفات النافعة هي تلك التي تزيد من قيمة المبيع أو نفعه، والمصروفات الكمالية هي تلك التي تنفق لزخرفة المبيع أو زينته.

وأما المصروفات الضرورية التي يقتضيها حفظ المبيع كترميم المنزل المبيع وصيانته من التهدم والتأمين... فإن المشتري يسترد كل هذه المصروفات من البائع سواء كان يعلم بسبب الاستحقاق أم لم يكن وفق المادة ١/٩٣١ مدني.

وأما المصروفات النافعة كما لو اشترى داراً وأقام عليها طبقة جديدة، فقد أحالت المادة ٢/٩٣١ مدني في حكمها إلى المواد ٨٨٩ مدني، وكما يتضح من هذه النصوص أن المشتري لا يستطيع أن يطالب بها المستحق كاملة وإنما يستحق أن يلزمه ببعضها وبالتالي يؤول الأمر إلى أن المشتري يسترد من المستحق بعضها ويبقى البعض من هذه المصروفات لا يحصل عليه المشتري، ومن هذا فإن نص المادة ٤١١ مدني يعطى للمشتري الحق بها على البائع.

أما المصروفات الكمالية كدهان الحيطان وزخرفتها فهذه يرجع بها المشتري على البائع فقط في حالة ما إذا كان البائع سيء النية. أما إذا كان البائع حسن النية فلا يرجع بها المشتري عليه ويكون البائع سيء النية إذا كان يعلم بسبب الاستحقاق وهنا يعرض المشتري عنها. أما إذا كان لا يعلم سبب الاستحقاق فهو حسن النية وبالتالي لا يلتزم بها. فلا يرجع المشتري بالمصروفات الكمالية على المستحق، وكذلك لا يرجع بها على البائع إذا كان حسن النية لأن المدين في المسؤولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير المتوقع، فإذا كان البائع سيء النية أي كان يعلم بحق الأجنبي فيسأل في هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع ويحق إذن للمشتري أن يرجع عليه بالمصروفات الكمالية.

٤- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق بحسب الأصل:

فوفقاً للفقرة الرابعة من المادة ٤١١ " جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٠٨ ذلك أن المشتري عندما يحدث تعرض له من أجنبي، ترفع عليه دعوى استحقاق من قبل المستحق ويحكم عليه بالمصروفات وكذلك يرفع المشتري دعوى على البائع بالضمان سواء كانت دعوى أصلية أو كانت دعوى فرعية، فيحكم عليه بالمصروفات هنا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بمصاريف تلك الدعاوى تعويضاً له عن تلك المصاريف التي تشمل رسوم التقاضي وأتعاب المحاماة وجميع المصروفات حسب تعبير النص.

لكن هناك مصروفات لا يرجع بها المشتري على البائع هي تلك المصروفات التي كان بوسع المشتري تجنبها فيما لو أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم طبقاً للمادة ٤٠٨ مدني فإذا لم يقدّم المشتري بالإخطار على نحو ما سبق بيانه وقضى بالاستحقاق للأجنبي فهذا لا يلتزم البائع برد هذه المصروفات.

٥- ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب بسبب الاستحقاق:

بحسب الفقرة الخامسة من المادة ٤١١ يشمل التعويض " بوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع ". ويعد ذلك تطبيقاً للقواعد العامة في شأن التعويض في المسؤولية العقدية والذي يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب متوقع، والدائن هنا هو المشتري الذي يحق له أن يطالب البائع بتعويضه عما لحقه من خسارة كمصاريف أنفقتها في انتقالاته إلى مكان العقار لمعاينته وما فاتته من كسب تتمثل في إنفاقه لأمواله في شراء الدار بدلاً من استغلالها في مشروع آخر يدر عليه ربحاً. ويشمل التعويض أيضاً المصاريف الأخرى كمصاريف تحرير العقد ورسوم الدفعة والتسجيل والسمسرة ومصاريف تسليم المبيع.

هذه عناصر دعوى ضمان الاستحقاق، حيث نلاحظ على هذه الدعوى هو ما يحفظ استقلالها وتفردها في نفس الوقت على كل من دعوى الفسخ والإبطال. إن المشتري مستحقاً كل عناصر التعويض السابق ذكرها حتى ولو كان يعلم المشتري عند البيع لسبب الاستحقاق. أما دعوى الإبطال إذا كان المشتري يعلم بسبب الاستحقاق، فإنه يعد سيء النية ولا يحق له المطالبة بالتعويض وفق المادة ٢/٤٣٤ مدني سوري.

ت. الاستحقاق الجزئي

قد لا يستحق كل المبيع للأجنبي وإنما يكون الاستحقاق جزئياً وهو يكون كذلك إذا ثبت حق آخر على المبيع بخلاف حق الملكية على كل المبيع، كما لو ثبت له حق ملكية على جزء من المبيع فقط سواء ورد على جزء مفرز أو حصة شائعة فيه، أو يثبت للغير حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أن تكون

العين مؤجرة للغير بإيجار نافذ في حق المشتري وهو ما عبر عنه المشرع بالقول " أو وجد المبيع مثقلاً بتكليف " .

حكم الاستحقاق الجزئي:

فرق المشرع في الحكم بين حالة الاستحقاق الجزئي الجسيم والاستحقاق الجزئي غير الجسيم وذلك على النحو التالي:

• حالة الاستحقاق الجزئي الجسيم:

وهو يكون كذلك إذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق قد بلغت قدرًا لو علمه لما أتم العقد، ويترك أمر تقدير جسامته لقاضى الموضوع. في هذه الحالة يكون للمشتري الخيار بين استبقاء المبيع مع الحصول على تعويض عن الاستحقاق الجزئي، وبين رد المبيع (أو المتبقي منه) وما أفاده منه إلى البائع، مع مطالبة البائع بالمبالغ المبينة بالمادة ٤١١ أي المبالغ المستحقة في حالة الاستحقاق الكلى على نحو ما سبق بيانه. كأن يشتري شخص قطعة أرض لبناء مصنع، من ثم يُستحق جزء كبير منها، بحيث يصبح الجزء المتبقي لا يفي بالغرض الذي كان المشتري يقصده من الشراء، لذلك يحق للمشتري بأن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق كما لو كان الاستحقاق كلياً، والمعياري في تحديد فيما إذا كان الاستحقاق جزئياً أو كلياً معيار شخصي، يتحدد بما قصده المشتري من عقد البيع.

• حالة الاستحقاق الجزئي غير الجسيم:

^١ تنص المادة ٤١٢ مدني على أنه:

١- إذا استحق بعض المبيع أو وجه مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرًا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة (٤١١) على أن يرد له المبيع وما أفاده منه.

٢- فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لمن يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق.

وهو يكون كذلك إذا كانت الخسارة التي لحقت المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي لم تبلغ حداً إذا علمه المشتري لما أتم التعاقد بل كانت خسارة غير جسيمة يقبلها المشتري.

ففي حالة الخسارة غير الجسيمة أو حالة تفضيل المشتري استبقاء المبيع بالرغم من الاستحقاق الجزئي، فإنه يكون للمشتري أن يطالب البائع بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب الاستحقاق وهو يختلف عن التعويض الوارد بالمادة ٤١١.

الفقرة الرابعة. الاتفاق على تعديل أحكام ضمان تعرض

الغير

أولاً. علاقة الاتفاق حول الضمان بالنظام العام

القاعدة أن أحكام الضمان ليست من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها سواء بالاتفاق على تعديل أحكام الضمان وهذا الاتفاق على إنقاص الضمان أو الاتفاق على إسقاط الضمان أو الاتفاق على تحديد قيمة التعويض الذي يستحقه المشتري عن حدوث تعرض له من جانب شخص أجنبي، وعلى ذلك سوف نتناول بعض صور الاتفاق على تعديل أحكام الضمان:

أ. الاتفاق على زيادة الضمان

نصت المادة ٤١٣ مدني على أنه:

١- يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيذا ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان. فالاتفاق على زيادة أحكام ضمان تعرض الغير جائزة مثال ذلك أن يتفق المشتري مع البائع

على ضمانه للتعرض الصادر من الغير حتى ولو لم يقع فعلاً أو التزام البائع بالضمان بصورة أكبر مما هو منصوص عليه في القانون، وكذلك الاتفاق على أن يدفع البائع تعويضاً كالتعويض المستحق عن الاستحقاق الكلي بالرغم من توافر حالة من الاستحقاق الجزئي فقط كما لو كان الاستحقاق الجزئي غير جسيم. وكذلك يكون زيادة الضمان بتعديل شروط الضمان كما لو كان المطلوب توافر ثلاثة شروط لقيام الضمان فيتفق الطرفان على قيام الضمان بمجرد توافر شرطين فقط، هذه صورة من صور زيادة الضمان.

ب. الاتفاق على إنقاص الضمان

يجوز الاتفاق على إنقاص الضمان كالاتفاق على إضافة مقدار التعويض المستحق للمشتري في حالة الاستحقاق الكلي أو الاتفاق على عدم أحقية المشتري في الحصول على تعويض كامل كما ورد بنص المادة ٤١١ في حالة حدوث استحقاق جزئي جسيم على عكس ما نص عليه المشرع أو الاتفاق على عدم جواز رجوع المشتري على البائع في حالة الاستحقاق الجزئي غير الجسيم مثلاً. أو أن يشترط بائع المتجر على المشتري أن ينشئ متجر لبيع ذلت السلعة التي يتعامل بها المتجر المبيع. أو تحديد التعويض بثمن المبيع أو بقيمته وقت العقد دون أي زيادة.

ثانياً. بطلان شرط إنقاص الضمان إذا كان البائع قد تعمد

إخفاء حق الأجنبي

إذا كانت القاعدة جواز الاتفاق على إنقاص الضمان إلا إنه يبطل الاتفاق على إنقاص الضمان إذا كان البائع عندما يشترط إنقاص الضمان في صدد حق معين يكون عالماً بوجود حق للأجنبي على هذا

المبيع ويعتمد إخفاء ذلك عن المشتري، فإن ذلك يعد غشاً وتدليساً من البائع يؤدي إلى بطلان شرط إنقاص الضمان أي لا يعمل به ويظل البائع مسؤولاً مع ذلك عن الضمان ولكن لتقرير هذا الحكم لا يكفي مجرد علم البائع بوجود حق للأجنبي على المبيع، وإنما يجب أن تتوافر لديه نية الغش والتدليس.

ثالثاً. حكم خاص بحقوق الارتفاق

افتترض المشرع وجود اتفاق على الإعفاء من الضمان في حالة الارتفاقات الظاهرة أو التي أبان عنها البائع للمشتري:

فقد نص المشرع في المادة ٤١٣ مدني على أنه: " ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري ". فقد أقام المشرع قرينة قانونية على الإعفاء من ضمان هذه الارتفاقات فقد افتترض المشرع وجود اتفاق على عدم ضمان البائع في حالتين هي حالة ما إذا كان حق الارتفاق ظاهراً أي وجود علامات أو فواصل تدل عليه والثانية هي حالة ما إذا أعلم البائع المشتري بوجود هذه الارتفاقات وبالتالي فهو يضمنها. ويقتصر هذا الإعفاء على حقوق الارتفاق دون الحقوق الأخرى أو التكاليف التي تثقل المبيع.

رابعاً. الاتفاق على إسقاط الضمان

أ. بطلان شرط إسقاط ضمان التعرض الشخصي

وفقاً للمادة ٤١٤ مدني فإنه:

١- إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ من فعله ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك وهذه الفقرة تتحدث عن اشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه

لتعرضه الشخصي على نحو ما سبق بيانه عند دراسة ضمان التعرض الشخصي، وقلنا إنَّه بحسب نص الفقرة الأولى من المادة ٤١٤ مدني فإن الاتفاق يكون غير صحيح ولا يعمل به ويظل البائع مسؤولاً مع ذلك عن ضمان تعرضه الشخص.

ب. بطلان شرط إسقاط ضمان الاستحقاق

الفرض الذي نتحدث عنه هو اشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه التعرض الصادر من الغير أي عدم ضمانه استحقاق المبيع أي إسقاطه سواء استحقاق كلي أم جزئي.

أجابت الفقرة الثالثة من المادة ٤١٣ مدني على هذا السؤال بنصها الآتي:

" ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي "، فالاتفاق يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي كما لو اشترط إسقاط الضمان بصفة عامة وكان هناك ارتفاق خفي لا يعلمه المشتري وهو (البائع) يعلمه أي يخفيه عمداً عن المشتري، فإذا ظهر بعد البيع أن المبيع مثقل بحق ارتفاق فإن البائع يضمن هذا الحق.

تنص الفقرة الثانية من المادة ٤١٤ مدني على أنه: " أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير فإن البائع يكون مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا إذا أثبت المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو إنَّه اشترى ساقط الخيار ".

معنى هذه الفقرة إنَّه إذا اشترط البائع إسقاط ضمان الاستحقاق ولم يتعمد أخفاء حق الأجنبي أي لم يتعمد إخفاء سبب الاستحقاق عن المشتري فإن البائع بحسب النص ٢/٤١٤ يظهر مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق بالرغم من شرط إسقاط الضمان، بعبارة أخرى فإن شرط إسقاط الضمان هنا لا يعفيه من المسؤولية عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق.

لكن إذا أراد هذا البائع الذي لم يعتمد إخفاء حق الأجنبي عن المشتري، إذا أراد أن يعفي نفسه من التعويض ومن قيمة المبيع وقت الاستحقاق أيضاً، فلا يكفيه شرط إسقاط الضمان وإنما يلزم لذلك أن يثبت البائع أحد أمرين:

الأول: أن يثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق.

الثاني: أن يثبت أن المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار، أي كان

عالمًا بأن البيع احتمالي وقد أقدم عليه وهو مخاطر .

أو إذا نشأ الاستحقاق عن فعل الغير، في كل من هذه الحالات، إذا أقدم المشتري على الشراء في كل من الحالتين يكون عقد البيع احتمالياً، أقدم عليه المشتري محتملاً مخاطرة، وقد روعي ذلك عند تقدير الثمن في عقد البيع.

في هاتين الحالتين يكون شرط إسقاط الضمان صحيحاً ولا يتحمل البائع شيء عند تحقق الاستحقاق، ولا يشترط استعمال لفظ خاص للتعبير عن إسقاط الضمان، أي لا يشترط أن يذكر فيه صراحة أن المشتري اشترى ساقط الخيار، بل يكفي أن يكون شرط إسقاط الضمان واضحاً فيه أن المقصود به هو جعل البيع عقداً احتمالياً وأن البائع لا يسأل عن شيء في حالة استحقاق المبيع.

خامساً. تقادم ضمان الاستحقاق

إذا طالب الغير الأجنبي المشتري باستحقاق المبيع وحكم له باستحقاق المبيع فإن حق المشتري في الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق فإن هذا الحق يتقادم بمرور خمسة عشر عاماً التالية لصدور حكم نهائي باستحقاق المبيع للغير، أي تحسب مدة التقادم من تاريخ صدور الحكم النهائي بالاستحقاق.

^١ السنهاوري: المرجع السابق رقم ٣٩٥ ص ٨١٦.

الفقرة الخامسة. أحكام ضمان التعرض

والاستحقاق في البيوع الدولية

تضمنت اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للمنقولات العينية عام ١٩٨٠ القاعدة العامة الخاصة بضمان البائع للتعرض الصادر من الغير، فقررت في هذا الشأن أن على البائع تسليم بضاعة خالصة من أي حق أو ادعاء للغير إلا في حالة موافقة المشتري على أخذ البضاعة رغم وجود الحق أو ادعاء الغير

ووفقاً لذلك فإن الاتفاقية تنظم الأحكام الخاصة بتطبيق القاعدة العامة لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على النحو التالي:

أولاً: لا يضمن البائع التعرض الصادر من الغير في حالة موافقة المشتري على أخذ البضاعة رغم وجود الحق أو الادعاء الصادر من الغير بشرط علم المشتري بالحق أو الادعاء والرضا بأخذ البضاعة رغم ذلك. والرضا هنا قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً يمكن استخلاصه من ظروف الحال على أن تتوافر الشروط الآتية:

١. علم البائع بالحق أو الادعاء المبني على أساس الملكية الصناعية أو الفكرية أو إنَّه كان لا يمكن أن يجهل ذلك الحق أو الادعاء. ونلاحظ أن معيار العلم في الحالة الأولى شخصي، بينما في الحالة الثانية مادي، والوقت الذي يكون تحديد العلم فيه هو وقت إبرام العقد.

٢. أن يكون ذلك الحق أو الادعاء مبنياً على قانون ينظم الملكية الفكرية أو الصناعية وهو قانون الدولة التي سيعاد فيها بيع البضائع أو استعمالها إذا كان الطرفان قد توقعا وقت انعقاد العقد أن البضائع

ستباع أو تستعمل في تلك الدولة. وفي حالة عدم توقع الأطراف لهذا الأمر فإن القانون الذي يعتد به هو قانون الدولة التي يوجد فيها مكان عمل المشتري ويندرج تحت إطار التعرض الصادر من الغير الذي حددته الاتفاقية كافة حقوق الملكية الصناعية والفكرية، وهي:

أ- براءة الاختراع: وهي التي يتم منحها مقابل اختراع معين وفق المعنى القانوني للاختراع، ويشمل كل منتج صناعي جديد وكل طريقة أو وسيلة مستحدثة، ويُعد كل ذلك اختراعًا يستحق صاحبه منح براءة تكفل الحماية القانونية لمقترحه

ب- الرسوم والنماذج الصناعية: الرسم الصناعي هو التنسيق الجديد للخطوط على سطح المنتجات بغرض إعطاءها شكلًا جذابًا. ويدخل في ذلك الإطار التصميم والزخرفة على السجاد والأواني. والنموذج الصناعي هو الشكل الخارجي الجديد الذي توضع فيه المنتجات بغرض إعطاءها نوع من الجاذبية والجمال

ج- العلامات التجارية: ويقصد بالعلامة التجارية الإشارة التي توسم بها البضائع والسلع والمنتجات بغرض تمييزها عن البضائع والمنتجات الأخرى الخاصة بالجهات الصناعية الأخرى

د- البيانات التجارية: ويقصد بها البيانات التي توضع على البضائع بغرض توضيحها وتمييزها، وتعرف أيضًا بعلامات البضائع

هـ- حقوق الملكية الفكرية: مثل حق التأليف والترجمة والإخراج السينمائي والتلحين وبرامج الكمبيوتر، وكذلك أشرطة الفيديو والكاسيت والأفلام السينمائية ولم يقتصر تنظيم حماية حقوق الملكية الفكرية والصناعية في مجال البيوع الدولية على اتفاقية الأمم المتحدة، بل امتد الاهتمام بهذا التنظيم إلى مفاوضات جولة الأورجواي، اتفاقية جات ١٩٩٤ م، حيث تمت مناقشة الأحكام الخاصة بتلك الحقوق وتأثيرها على التجارة الدولية، وذلك بغرض وضع القواعد الإجرائية التي تؤدي إلى التوازن في هذا المجال،

بحيث تؤدي إلى توفير الحماية اللازمة لها وفي المقابل تمنع أن تكون تلك الحقوق سبباً في تعطيل تبادل السلع بين الدول الأعضاء أو في عرقلة تطور التجارة الدولية وترويجاً لذلك تم إبرام اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية.



المبحث الرابع. ضمان العيوب الخفية

مفهوم العيوب الخفية.

لا يقتصر التزام البائع على نقل الملكية الى المشتري وتسليم المبيع والضمان وانما يتوجب عليه أيضاً أن يضمن له الانتفاع بشكل سليم للأشياء المباعة. على الرغم من أن القانون المدني لم يأت بنصوص خاصة للضمان الجيد والممتاز، لكنه ذكر الضمان في حالة النقص. والعيوب الخفية الذي يعرقل استعمال الشيء على الوجه المخصص له، استعمالاً عادياً.

يوجد العيب الخفي في كل الأشياء المباعة، في المنقولات والعقارات وخاصة العيوب التي يمكن أن تظهر في انشاء الأبنية. وهنا يكون العيب خاضعاً لقواعد خاصة. بالمقابل، المهني الذي يقوم بإصلاح الأشياء المعطلة، لا يكون ضامناً للعيوب الخفية التي يمكن أن تظهر في الشيء الذي قام بإصلاحه إلا إذا كان هناك اتفاق على الضمان.

تطور وتوسع فكرة ضمان العيوب الخفية.

لقد اتسع نطاق العيوب الخفية مع مرور الزمن في نطاق عقد البيع وذلك من أجل حماية المشتري والمستهلك كما أنه تنوع إلى حد كبير عبر التاريخ القانوني.

في القانون الروماني، يرجع أصله إلى ما كان يقوم به موظفي الدولة من الإشراف على المعاملات في روما. وكان يتطلب الأمر أولاً بيع الرقيق، حيث كان البائع لا يتمتع بالأمانة، ولذلك كان ينبغي إضفاء طابع أخلاقي على البيع وكانوا الأجانب يأتون من بلاد الشرق وهذا ما يفسر الحساسية القانونية في التجارة الدولية لضمان العيوب الخفية. ولما كان المشتري رومانياً، كان يتوجب حمايتهم، ولهذا أعطت التشريعات الرومانية للمشتري في حال كشف عيباً في الشيء المبيع دعوى رد المبيع إلى البائع وهي

دعوى جزائية، أي يرد المبيع مع رد ضعفي الثمن. ودعوى ثانية بإنقاص الثمن، وبموجبها يسترد المشتري بعض الثمن مقابل استيفاء المبيع.

وبعد ذلك اتسع نطاق تطبيق هذا الضمان، فشمّل جميع السلع الأخرى وأصبح له أهمية بالغة في عهد الامبراطور جوستينيان. هذه الأهمية بمقوماتها انتقلت إلى التشريعات الحديثة.

في التشريع الفرنسي، أخذ المشرع بموضوع ضمان العيوب الخفية بالتقاليد الرومانية عندما يكون العيب خفياً، ويؤثر في صلاحية الشيء للاستعمال، حيث أعطى للمشتري الحق في فسخ العقد أو إنقاص الثمن، وهذه القواعد تعد من قبيل القواعد المكملّة لإرادة الطرفين، لذلك يجوز الاتفاق على خلافها. لكن فيما يجري عليه العمل في الوقت الحاضر، أصبحت العيوب الخفية عنصراً من عناصر السياسة التجارية أو ما يسمى بالتسويق. فقد أكثر التجار من شروط الضمان والتي تشكل نطاقاً مختلفاً عن الضمان القانوني وخاصة عندما تكون العقود مبرمة بين المنتجين والمهنيين والمستهلكين والهدف من هذا النظام القانوني الجديد الآتي:

١. أدخل في نطاق العيوب الخفية، مجموعة الأضرار التي يسببها الشيء وبذلك أصبح للضمان تشديد المسؤولية العقدية الناشئة عن فعل الشيء.

٢. منعت أو حددت الشروط المقيدة أو المسقطة لالتزام البائع في نطاق الضمان القانوني ما لم يتم اعلام المشتري بعيوب وبأخطاء الشيء عند التسليم.

٣. إن المسؤولية الناشئة عن فعل الشيء، إذا كان هناك عيب خفي لم تعد تقتصر على المتعاقد ولكن تتعداه إلى المستهلك مستعمل الشيء، أو له الخيار في تأسيس دعواه إما على المسؤولية العقدية أو التقصيرية القائمة على الضرر.

ومن جانب آخر، فإن السياسة التشريعية تهدف إلى تطويع فكرة وقواعد ضمان العيوب الخفية وفقاً لطبيعة الشيء المباع، وهذا يقتضي الأخذ بعين الاعتبار المدة التي يجب أن يكون الشيء المباع صالحاً للاستعمال العادي. على سبيل المثال، ضمان العيوب الخفية في عقار معد للبناء متعدد الطوابق لا يكون ذاته في عقار خصص لبناء ملعب رياضي، ولا يمكن ماثلة المنتجات الرخيصة مع المنتجات الغالية.

وبناءً على ذلك، أصبح للعيوب الخفية مكاناً بارزاً على المستوى القانوني في العصر الحالي، وذلك مع التقدم التكنولوجي وزيادة أهمية القيم المنقولة، هذا التقدم أدى إلى زيادة الإقبال على شراء الأدوات والأجهزة الكهربائية والالكترونية المتطورة والمعقدة، مما أدى إلى إثارة مسألة ضمان العيوب الخفية عندما تظهر في الشيء المباع وذلك من أجل الحماية القانونية بالنسبة إلى المستهلكين.

الأساس الذي يرتكز عليه مفهوم نظرية ضمان العيوب الخفية هو عدم وضوح العيب عند تسليم البضاعة للمشتري وظهور العيب بعد التسليم وبعد إجراء الفحص العادي. ولهذا كان من الضروري أن يمتد التزام البائع إلى ضمان العيوب الخفية التي تظهر لاحقاً في البضاعة بغرض حماية المشتري وتمكينه من الانتفاع بالبضاعة بصورة كاملة، وإعطاء المشتري الحق في الرجوع على البائع لحظة اكتشاف العيب الخفي في البضاعة محل العقد

والقاعدة العامة في عقد البيع أن البائع لا يضمن كل عيب يظهر في البضاعة، وإنما يجب أن تتوفر شروط معينة في العيب حتى يكون موجباً للضمان، وذلك بهدف تحقيق استقرار المعاملات. والشروط التي يجب توافرها في العيب الموجب للضمان هي

أولاً: أن يكون العيب على درجة من الجسامة، ويؤدي ذلك إلى تقليل أو نقصان قيمة الانتفاع بالمبيع بصورة ملموسة ويؤثر على صلاحية المبيع للاستعمال.

ثانياً: يجب أن يكون العيب قديماً، أي أن يكون موجوداً في وقت معين قبل إبرام عقد البيع.

ثالثًا: يجب أن يكون العيب خفيًا، أي أن يكون العيب غير معلومًا أو ظاهرًا للمشتري، فإن كان معلومًا أو ظاهرًا فإن البائع لا يضمنه. والمعيار الذي يتم تحديد العيب الخفي بموجبه هو معيار الشخص العادي، فإن كان يمكن تبين العيب بالفحص العادي أي بمعيار الشخص العادي فإن البائع لا يضمن هذا العيب. أما إن كان لا يمكن تبينه بالفحص العادي ويحتاج إلى إجراءات فحص متطورة ودقيقة فإن ضمان البائع يمتد إليه.

أما الفقه الإسلامي، فقد أخذ بقاعدة ضمان العيب الخفي بما يعرف فقهاً بخيار العيب كواحد من الخيارات الشرعية المحددة في العقد. ويعني خيار العيب حق المشتري في فسخ العقد أو إجازته إذا تبين للمشتري أن هنالك عيبًا قديمًا في المبيع. ويؤسس الأحناف ذلك المبدأ على قصد المتعاقدين الضمني ويُعدونه ثابتًا بالشرط دلالة، باعتبار أن سلامة المبيع مشروطة في العقد دلالة، ذلك أن قصد المشتري هو الانتفاع بالمبيع وهذا المبيع يقتضي السلامة الكاملة، وفي المقابل فإن دفع جميع الثمن لا يكون إلا بسلامة جميع المبيع. ويحدد الحنفية العيب الموجب للخيار بأنه كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانًا فاحشًا أو يسيرًا وأساس خيار العيب "ضمان العيوب الخفية" في الفقه الإسلامي ما رواه مسلم أن قال الرسول: (لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعًا من تمر).

قال: (لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعًا وفيه) وأيضًا ما رواه ابن ماجه أن الرسول عيب إلا أن

يبينه له

وتبين لنا تلك الأحاديث حق المشتري في رد البضاعة إذا تبين له أن بالبضاعة عيبًا لم يكن يعلمه. ويتضح لنا في هذا الشأن أن الفقه الإسلامي قد أرسى قاعدة التزام البائع بضمان العيوب الخفية

في عقد بيع البضائع بصورة متكاملة تأسيساً على مبدأ حسن النية بين المتعاقدين وحماية للمشتري وتمكيناً له من الانتفاع بالبضاعة.

وقد نص المشرع على أحكام ضمان العيب الخفي في المواد من ٤١٥ إلى ٤٢٣ من التقنين المدني.

وبعد ذلك تكلم المشرع عن صورة من صور الضمان هي ما يعرف بضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة وذلك في المادة ٤٢٣ مدني وعلى ذلك سوف نتكلم عن أحكام ضمان العيوب الخفية ثم ننقل لضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة.

والعيب هو الآفة أو العلة الموجودة بشكل خفي في الشيء المبيع، والتي تكون من الأهمية والخطورة بحيث يصبح الشيء غير صالح للاستعمال بالشكل الذي كان يريده المشتري، ومن الأمثلة على العيوب الخفية في المبيع، شراء بناء فيه ضعف من جزاء قلة المواد المستخدمة في الأعمدة، شراء براد منزلي لا يصنع ثلجاً، شراء حصان فيه مرض غير ظاهر، شراء فرس للسباق يتبين أنها بطيئة (وغير مؤهلة للمشاركة في السباقات)، شراء شاحنة يتبين أن محركها لا يعمل بعد قطعه مسافة ٤٠,٠٠٠ كلم في حين أن غيرها من مثيلاتها يسير ٢٠٠,٠٠٠ كلم.

والعلة في إلزام البائع بضمان العيوب الخفية والنقائص في الصفات هي إنّه ملزم بنقل ملكية مفيدة ونافعة إلى المشتري، وفقاً لما يفرضه حسن النية في التعامل، تحت طائلة التعويض عليه عند تعذر ذلك، ويشمل الضمان مبدئياً جميع أنواع المبيعات، منقولة كانت أو غير منقولة، مادية أو غير مادية، جديدة أم مستعملة، إلا أن القانون استثنى البيوع التي تجريها السلطة القضائية (أي البيوع الجارية بالمزاد العلني) من أحكام ضمان العيوب الخفية، وبالتالي فهي غير مشمولة بها.

و إذا وجد مثل هذا العيب كان البائع مسؤولاً عنه و هذا هو ضمان العيوب الخفية و هذه العيوب قد تؤثر في الشيء المبيع إما بنقص قيمته أو بنقص منفعة، بالإضافة إلى هذه العيوب، هناك حالة تتصل بالمبيع بحيث لا تنقص من قيمة الشيء ولا من نفعه، إلا إنه تجعل المبيع غير مرغوب فيه من طرف المشتري و هي تخلف صفة معينة تعهد البائع بوجودها للمشتري في المبيع، وتخلف هذه الصفة يجعل الشيء المبيع في نفس مرتبة الشيء المعيب، وهذا ما نص عليه المشرع المصري بالإضافة إلى ذلك هناك عيب آخر نص عليه المشرع السوري و هو عدم صلاحية الشيء المبيع للعمل لمدة معينة، وهذه كلها ضمانات متنوعة شرعها المشرع لصالح المشتري و ذلك في أحكام القانون المدني السوري .

المطلب الأول. شروط ضمان العيب الخفي

إن التطور لقاعدة الضمان القانوني المتعلقة بضمان العيوب الخفية يتناول في نفس الوقت تخفيف أو تلطيف شروط تطبيق هذه القاعدة من جهة وتشديد آثارها من جهة أخرى.

تنص المادة ٤١٥ من التقنين المدني على أنه:

١- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين

^١ معنى العيب في الفقه الإسلامي: فقد جاء في فتح الغدير للكمال بن همام، أنه كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب. وجاء في البدائع للكاساني: كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار، نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب، وهذا ما يسمى بخيار العيب. ويعرف العيب فيه بأنه ما تخلو منه الفطرة السليمة وينقص القيمة، والمقصود بالفطرة السليمة الحالة الأصلية للشيء، ويعرفه عبد الستار أبو غدة: "ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع". ومشروعية خيار العيب في الفقه الإسلامي يستند إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا يحل لمسلم أن يبيع سلعه من السلع وهو يعلم أن عيباً فيها قل أو أكثر حتى يبين ذلك لمبتاعه). موقف التشريع الوضعي من ضمان العيوب الخفية: رغم عدم ورود تعريف خاص للعيب الخفي في القانون المدني إلا أنه لم يهمل النص عليه المادة 415 "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها...."

في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالمًا بوجوده.

٢- مع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو إنَّه فحص المبيع بعناية الرجل العادي إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه.

وتنص المادة ٤١٦ على أنه:

" لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه ."

يتضح من نص المادتين ٤١٥، ٤١٦ إنَّه يجب توافر عدة شروط لضمان العيب الخفي وهي أن يكون العيب خفياً، عدم علم المشتري بالعيب، وأن يكون العيب قديماً، وأن يكون مؤثراً.

حرصاً من المشرع على استقرار المعاملات، فقد اشترط لقيام ضمان البائع لعيوب المبيع توافر شروط معينة في العيب وهي أن يكون مؤثراً، خفياً، قديماً، وهذه الشروط تنصرف إلى العيب، بمعنى الآفة الطارئة.

الفقرة الأولى. العيب المؤثر

هو العيب الجسيم الذي يُنقص من قيمة المبيع نقصاً محسوساً أو يجعله غير صالح للاستعمال فيما أُعدَّ له بحسب ماهيته أو بمقتضى عقد البيع أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له؛ فينشأ عنه موجب الضمان. فهو العيب الذي يقع في مادة الشيء، فمعيار العيب موضوعي محض وتزداد موضوعية المعيار وضوحاً بالرجوع إلى الضوابط التي وضعها القانون المدني.

فتعبر عنه المادة 415 في فقرتها الأولى ويعبر عنه المشرع الفرنسي في المادة ١٦٤١ ونصها

كالآتي: (إن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية في المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال المقرر له

التي تنقص من صلاحيته لهذا الاستعمال لدرجة أن المشتري لم يكن ليشتريه أو لم يكن ليدفع فيه إلا ثمنًا أقل، فيما لو علم بهذا العيب.

أما إذا لم يكن العيب محسوساً بل كان خفيفاً أو طفيفاً بحيث لا يترتب عليه سوى نقص في بعض الأمور الثانوية الكمالية بالنسبة للمشتري، فلا يكون موجباً للضمان.

كذلك لا يكون موجباً للضمان العيب المتسامح به عرفاً (بحسب العرف السائد، أي العادة التي درج الناس على إتباعها في زمن معين مع اعتقادهم الراسخ بالزاميتها وبوجوب تطبيقها) كاحتواء القمح كمية مألوفة من الأتربة. فقد يكون العيب مؤثراً على النحو الذي سبق بيانه، ولكن العرف في التعامل جرى على عدم اعتباره عيباً، فعند ذلك لا يكون عيباً موجباً للضمان. وقد جرى العرف كما في القمح على التسامح في بعض القطن إذ للقطن مراتب متدرجة كل مرتبة منها يحددها العرف فمتى استوفي القطن شروط المرتبة التي ينتمي إليها فوجود عيوب فيه لا تخل بشروط هذه المرتبة يكون متسامحاً فيه عرفاً ولا يجوب الضمان.

فقد ينقص العيب من قيمة الشيء دون أن ينقص من نفعه، كما إذا كان المبيع سيارة صالحة لجميع الأغراض المقصودة ولكن بها عيب خفي في المقاعد أو في الغطاء أو في غير ذلك من أجزائها مما لا يؤثر مطلقاً في صلاحيتها للسير والوفاء بجميع الأغراض المقصودة منها، فإذا كان هذا العيب مؤثراً بحيث ينقص من قيمة السيارة نقصاً محسوساً كان للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب الخفي. وقد ينقص العيب من نفع الشيء دون أن ينقص من قيمته، كما إذا كان المبيع آلة ميكانيكية فيها عيب خفي يجعلها غير صالحة لبعض المنافع ولكنها بالرغم من وجود هذا العيب فيها لا تزال محتفظة بقيمتها المادية ولو كان هذا العيب معروفاً لما قلل من هذه القيمة. فإذا كانت المنفعة التي تفوت المشتري بهذا العيب من المنافع المقصودة، كان لو أن يرجع بضمان العيب الخفي.

فقد يحتاط المشتري ويبين في عقد البيع الأغراض المقصودة من المبيع، فيجب عندئذ أن تُعدّ هذه الأغراض جميعاً منافع مقصودة من المبيع، فإذا كان بالمبيع عيب خفي يخل بأية منفعة منها إخلالاً محسوساً كان للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب الخفي. وليس من الضروري أن تكون المنافع المذكورة في العقد هي المنافع المألوفة، فقد يشترط على البائع منافع أخرى قصد إليها فكفلها له البائع في عقد البيع ، كما إذا اشترط المشتري أن تكون السيارة المباعة يسهل عليها السير في الطرق غير الممهدة أو أنها تصل إلى سرعة أعلى من السرعة المألوفة أو أنها لا تستهلك من الوقود إلا قدراً معيناً ، فإذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه ، كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان ولو لم يكن خلو المبيع من هذه الصفات هو في ذاته عيب بحسب المألوف في التعامل بين الناس ، ما دام البائع قد كفل للمشتري هذه الصفات وهذا ما يدعى في الفقه الإسلامي بخيار فوات الوصف المرغوب فيه. كما ان القانون اشترط وجوده بنص المادة 415. وليس من الضروري أن تكون الصفات التي كفلها البائع للمشتري مذكورة صراحة في عقد البيع، بل يكفي ذكرها ضمناً، فالبيع بالعينة echantillon أو البيع طبقاً لنموذج type مفروض فيه أن يكون المبيع مطابقاً للعينة أو للنموذج، فإذا اختلفت المطابقة كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان، ويرجع العيب في هذه الحالة إلى اختلال الصفات التي كفلها البائع للمشتري ضمناً بالبيع طبقاً لعينة أو لنموذج.

فإذا لم يذكر المتبايعان شيئاً - لا صراحة ولا ضمناً - عن المنافع المقصورة من المبيع، وجب لتحديد هذه المنافع الرجوع إلى طبيعة الشيء. فإذا كان المبيع دار للسكنى، أملت طبيعتها الأغراض المقصودة منها، فإذا كان هو عيب يخل بشيء من هذه الأغراض إخلالاً محسوساً رجع المشتري على البائع بالضمان. وإذا كان المبيع أرضاً زراعية، فإن طبيعتها تحدد المنافع المقصود منها، فلا يشترط أن تكون صالحة إلا للمحصولات العادية، فإذا وجد بها عيب يخل بهذه المنافع وجب على البائع الضمان.

وإذا كان المبيع متجراً، فطبيعته أيضاً تحدد المنافع المقصودة منه، ولا يكون المتجر صالحاً للغرض الذي أنشئ من أجله إلا إذا كان مستقراً في مكانه، فإذا تبين أن إيجار المكان الذي أقيم فيه المتجر مشوب بعيب وطلب المالك إبطاله كان ذلك عيباً خفياً في المتجر يوجب الضمان. وإذا كان المبيع حقاً شخصياً مكفولاً برهن، وكشف المشتري المحال له عن أن الرهن غير مفيد أو عن أن قيده لم يجدد، كان هذا عيباً خفياً في المبيع يتلاءم مع طبيعته. فطبيعة الشيء إذن هي التي تملئ المنافع المقصودة منه، وهي التي تحدد العيوب التي تخل بهذه المنافع. فإذا كان المبيع شيئاً مادياً كانت العيوب مادية ترجع إلى طبيعة المبيع، وإذا كان شيئاً معنوياً رجعت العيوب أيضاً إلى طبيعة المبيع وصارت شيئاً معنوياً.

وإذا كان المبيع من الأشياء التي لا تُعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها، كالأثمار ذات الغلاف اليابس (مثلاً البطيخ واللوز والجوز والبندق...)، فالبائع لا يضمن العيوب الخفية فيه إلا إذا تعهد صراحة بذلك أو إذا كان العرف المحلي يوجب عليه هذا الضمان. وعلى كلٍّ، فإنّ تقدير ما إذا كان العيب مؤثراً أم لا، أمر يعود للقاضي الذي يعتمد في هذا المجال المعيار الموضوعي بصرف النظر عما يكون قد قصده المشتري بصورة خاصة وغير متوقعة، إلا إذا عُيّن هذا القصد الخاص في متن العقد.

أي أن العيب المؤثر حسب النص المذكور (هو العيب الذي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي أعد له والتي تنقص هذا الاستعمال إلى حد أن المشتري ما كان ليشتريه...) إذن يجب أن يكون العيب الموجب للضمان على قدر من الجسامة بحيث ينقص من قيمة الشيء أو من نفعه بالقدر المحسوس.

الفقرة الثانية. العيب القديم

قَدَم العيب هو من الشروط الواجب توافرها لكي يتحقق موجب الضمان على البائع. والمقصود بالعيب القديم، العيب السابق للبيع أو على وجه أصح، العيب الموجود قبل انتقال الملكية إلى المشتري أو عند انتقالها كحدّ أقصى (في الأشياء المثلّية يؤخّذ بوقت التسليم، أما في الأشياء العينية فيؤخّذ بوقت انعقاد البيع).

وغنى عن البيان أن العيب الخفي يجب أن يكون موجوداً وقت التسليم حتى لو كان المبيع غير معين بالذات. ويرجع ذلك، ليس فحسب لأن الوقت الذي يعتد به في وجود العيب الخفي هو وقت التسليم كما سبق القول، بل أيضاً لأن الشيء غير المعين بالذات وقت البيع لا يتصور أن يكون العيب لاحقاً هو في هذا الوقت، وانما يتصور لحوق العيب به وقت أن تتعين ذاتيته، ولا يكون ذلك إلا بالإفراز الذي يقع عادة وقت التسليم. على إنّه إذا تراخى التسليم عن الإفراز ولم يكن بالمبيع عيب خفي وقت إفرازه، ثم لحقه العيب في الفترة ما بين الإفراز والتسليم، فإن البائع مسؤولاً في هذه الحالة عن ضمان هذا العيب.

أما إذا كان العيب ممّا لا يظهر إلّا بعد انعقاد البيع وانتقال الملكية، فيكون الضمان واجباً على البائع، مثال ذلك أن يشتري أحدهم حيواناً فيه جرثومة لمرضٍ ما، ويتمكّن من إثبات وجودها في الحيوان قبل استلامه، و تجدر الإشارة إلى إنّه إذا كان انتشار المرض أو العيب يعود إلى خطأ وإهمال من المشتري، فعلى هذا الأخير أن يتحمّل وحده الضرر، فمن يشتري مثلاً سيارة ويلاحظ أنّ الحرارة تزداد في محرّكها عن المعدّل العادي، ومع ذلك لا يعمد إلى فحصه مُهملاً تزويده بالزيت، فيُعْطَب، لا يحقّ له المطالبة بالضمان، أما إذا كان الاستعمال السيئ للشيء فقط عاملاً مُساعداً في ظهور العيب من دون التسبّب في نشوئه، فيبقى الضمان واجباً على عاتق البائع، وقد يرى القاضي توزيع المسؤولية بين البائع والمشتري إذا كان خطأ هذا الأخير قد شارك جزئياً في عملية إظهار العيب، إنّ عبء إثبات قَدَم العيب

يقع على عاتق المشتري أما عبء إثبات خطأ المشتري في الاستعمال، فيبقى على عاتق البائع، والإثبات في الحالتين ممكن بكافة الوسائل)، و بذلك يكون المشرع السوري قد ربط ووجد بين ضمان العيب و تبعة الهلاك، إذا العبرة فيهما بالتسليم.

إضافة إلى ذلك هناك نقطة تتطلب التوضيح، وهي حالة ما إذا لم يظهر العيب إلا بعد التسليم، فكيف نحمل المشتري هذه الخسارة؟ في حين أن العيب أو الجرثومة كانت موجودة في المبيع قبل العقد أو قبل التسليم؟ مثال على هذه الحالة: أن يباع حيوان به جرثومة المرض التي لم تظهر إلا بعد التسليم، وهنا يقع الضمان على عاتق البائع لأن جرثومة المرض موجودة في المبيع عند تسليمه للمشتري. لكن رغم ذلك، حتى يضمن البائع العيوب التي تلحق بالمبيع بعد التسليم، يجب على المشتري أن يثبت أن هذا العيب كان كامناً في المبيع ولم يظهر إلا بعد التسليم.

في القانون الفرنسي، الفقه والقضاء متفقان على أن يعتد بوقت وجود السبب المباشر للعيب وإن لم يحدث العيب إلا بعد ذلك، فإذا كان سبب العيب موجوداً قبل التسليم ولكنه انتشر بعد التسليم، وجب أن يكون انتشاره غير راجع إلى فعل المشتري، وإلا وزعت المسؤولية بين البائع والمشتري عملاً بقواعد المسؤولية المشتركة. من جهة ثانية، يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار طريقة تخزين الشيء ووسائل استعماله، طرق نقل الشيء وخطارها والظروف التي تعرض لها.

الفقرة الثالثة. العيب الخفي

بالإضافة إلى شرطي التأثير والقدم، يشترط في العيب أيضا أن يكون خفيا وغير معلوم للمشتري، والعيب الخفي هو العيب الذي يكون موجودا وقت المبيع ولكن ليس بوسع المشتري تبينه أو اكتشافه ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي، كما تنص عليه المادة 417-2 ومفاد ذلك أن الشخص المتوسط الفطنة لا يستطيع أن يكتشفه إلا إذا فحص المبيع خبير، أو محلل فني أو كيميائي أو الطبيب. وهذا معناه أن العيب من الخفاء بحيث لا يمكن أن يتبينه إلا خبير متخصص، كما إذا اقتضى تبين العيب الالتجاء إلى وسائل فنية ليست في مقدور الشخص العادي، أو احتاج إلى معرفة متخصصة، أو اقتضى تحليلاً كيميائياً، أو نحو ذلك من الأبحاث التي لا يلجأ إليها الناس عادة في المألوف من التعامل، ولا يستطيع القيام بها على كل حال الرجل العادي. أما إذا أمكن تبين العيب بعناية الرجل العادي، لم يكن عيباً خفياً موجباً للضمان كما سبق القول، حتى لو كان المشتري بالذات لم يستطع أن يتبين العيب لنقص في خبرته ينزل بها عن مستوى الخبرة العادية. فإنه يحمل في هذه الحالة مسؤولية تقصيره في الالتجاء إلى من يسترشد برأيه من الرجال العاديين، وكان ذلك واجباً عليه نظرا لنقص خبرته.

مثال: أحد كبار المزارعين اشترى بذورا لزرعها، فزرعها لكنها لم تنبت لكون بعضها مسوسا، فرفع هذا المزارع دعوى ضمان العيب على البائع، لكن المحكمة رفضت دعواه لكون هذا العيب الملحق بالبذور عيبا ظاهرا وباعتباره من كبار المزارعين لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البذور عند تسليمها إليه من البائع.

إن البائع لا يضمن العيوب الظاهرة أي العيوب التي باستطاعة الرجل المعتاد اكتشافها بالفحص العادي، لأن العيب ليس خفيا ولو لم يتبينه المشتري لكونه مقصرا حينئذ في عدم الانتباه إليه. إلا إذا كان غائبا عن مجلس العقد. فهنا كل عيب يُعد من العيوب الخفية ولو كان العيب ظاهرا ما لم يعلمه

المشتري، أما في الفقه الإسلامي، فلم يشترط مثل هذا الشرط، فمذهب الحنفية مثلاً يرى أن هناك بعض العيوب يشترط فيها الضمان رغم أنها عيوب ظاهرة.

ومن خلال ما سبق، ما عدا الفقه الإسلامي . فإن البائع لا يكون مسؤولاً عن العيوب الظاهرة التي كان بإمكان المشتري اكتشافها لو إنَّه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إنَّه استثناء مما سبق، نص المشرع السوري على حالتين يكون فيهما البائع مسؤولاً عن العيب، ولو كان ظاهراً وهما:

الحالة الأولى: حالة ما إذا أثبت المشتري أن البائع كان قد أكد له خلو المبيع من العيب، لأن المشتري يكون بذلك قد اعتمد على قول البائع.

الحالة الثانية: عندما يثبت المشتري أن البائع قد تعمد إخفاء العيب عنه غشاً منه، لأن اكتشاف العيب حينئذ لا يكفي فيه نباهة وفحص الرجل المعتاد، مثل طلاء شرح في جدار المنزل دون إصلاحه.

الحالة الثالثة: إذا لم يكن العيب ظاهراً ولكن المشتري لم يستطع أن يتبينه لو أنه فحص المبيع وقت التسليم بعناية الرجل العادي، وهذا يعني أن العيب بدرجة من الخفاء، فلا يتمكن الرجل العادي من تبينه بفحصه المعتاد، وهذا يحتاج إلى خبير متخصص بالشيء المبيع.

في كل هذه الفروض السابقة يعتبر العيب خفياً ولو كان بوسع المشتري أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، وعناية الرجل العادي تتلاءم مع المعيار النظري المجرد، أي ينظر الى عامة الناس وقدرتهم على كشف العيب الخفي، وبصرف النظر عن مواصفات المشتري.

أما المعيار الواقعي الذي ينظر الى صفات المشتري وقدرته على كشف العيب في الشيء المبيع، بأن يكون المشتري لديه خبرة ومعلومات تمكنه من الكشف على هذه العيوب. فإذا فحص الشيء المبيع أو لم يفحصه ولم يكتشف العيب، عُد العيب ظاهراً ولا يتمكن من مطالبة البائع بالضمان. أما إذا لم يكن

للمشتري الخبرة والمعلومات الكافية التي تمكنه من كشف العيب، اعتبر كالرجل العادي ويكون العيب خفياً ويستوجب على البائع الضمان.

ولقد أطلق الاجتهاد القضائي الفرنسي على المشتري في الحالة الأولى بالمهني، حيث كان متشدداً بالنسبة إليه لأنه يفترض مقدرة على كشف العيب، وإذا لم يفعل ذلك يكون قد أهمل بواجبه ويتحمل مسؤولية إهماله ويكون العيب بمثابة العيب الظاهر، والمشتري العرضي في الحالة الثانية، كما تبني الاجتهاد الفرنسي هذين المعيارين في مقدرة المشتري على كشف العيب وذلك على ضوء خبرته الفنية ومعلوماته الشخصية، ومن أبرز تطبيقاته بيع السيارات المستعملة ووصف الرجل العادي هنا يتناول العناية المبذولة في فحص المبيع لا القدرة على كشف العيب.

في الحقيقة هذه المسألة من مسائل الواقع التي تعود لقاضي الموضوع في تقدير درجة العناية التي يبذلها الرجل العادي في فحص المبيع، وما إذا كان يتمتع ببعض الصفات التي تجعله قادراً على كشف العيب وللقاضي السلطة التقديرية في مدى معرفة المشتري لبعض المعلومات وما يتمتع به من خبرة.

الفقرة الرابعة. عدم علم المشتري بالعيب

فلو كان المشتري عالماً بالعيب سقط الضمان ولو كان خفياً، لأن علمه بالعيب هذا يدل على رضائه بالمبيع. وما دام العيب خفياً، فالمفروض أن المشتري لا يعلم به، فإذا أراد البائع التخلص من الضمان. فعليه هو عبء إثبات أن المشتري كان يعلم به وقت التسليم. والعلم واقعة مادية يستطيع البائع أن يثبتها بجميع طرق الإثبات، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن. وقد يكون العيب موجوداً وقت البيع والمشتري لا يعلم به، ولكنه إذا علم به وقت التسليم ولم يعترض، سقط ضمان البائع. فالعيب الموجود في المبيع وقت البيع يجب إذن، حتى يضمنه البائع، أن يكون المشتري لا يعلمه لا وقت البيع ولا وقت التسليم، فإذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلمه في أي وقت من هذين الوقتين لم يكن ضامناً. أما العيب الذي حدث ما بين البيع والتسليم، فيجب أن يثبت البائع حتى يسقط عنو الضمان أن المشتري كان عالماً به وقت التسليم، فإذا لم يثبت ذلك افترض أن المشتري كان وقت أن تسلم المبيع غير عالم به ووجب الضمان.

ولما كان جهل المشتري للعيب وقت التسليم شرطاً للضمان، فإنه يغلب أن يكون المشتري، وقد جهل العيب اللاحق بالمبيع، قد وقع في غلط جوهري، فتتلاقى دعوى ضمان العيب مع دعوى الغلط، ويكون للمشتري أن يختار بين الدعويتين.

وإذا كان علم المشتري بالعيب يؤثر في الضمان فيضمن البائع العيب إذا كان المشتري غير عالم به ولا يضمنه إذا جهله، فإن علم البائع بالعيب لا أثر له في مبدأ الضمان. فالبائع يضمن العيب، سواء كان عالماً هو أو غير عالم. ولكن علم البائع بالعيب أو جهله هو يؤثر في الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالتشديد أو بالتخفيف أو بالإسقاط. وقد يؤثر أيضاً في مقدار التعويض الذي يستحقه المشتري بسبب العيب الخفي، وفي إطالة مدة التقادم إلى خمس عشرة سنة إذا اقترن العلم بالغش.

والعبرة بتاريخ العلم بالعيب في المبيع . العلم الحقيقي . وهو وقت التسليم أو وقت الفرز لأنه الوقت الذي يتاح فيه عمليا للمشتري الاطلاع على العيب.

بالتالي يقع على البائع عبء إثبات علم المشتري بالعيب أي القول بأن المشتري كان يعلم بوجود العيب وقت تسلم المبيع، والإثبات واقعة مادية، يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات، أما إذا لم يثبت ذلك، افترض أن المشتري غير عالم بالعيب، وبالتالي وجب على البائع الضمان.

أما موقف الفقه الإسلامي، فيجعل قبض المشتري للمبيع الذي علم بعيبه بعد العقد مسقطا لحقه في الرد، وليس له الرجوع على البائع بالتعويض، أما بالنسبة للبائع، فلا عبء بجهله العيب أو إخفائه عنه، فهو يضمنه دائما وقد يترتب على علمه به دون إخبار المشتري به صدور غش منه أو تدليس، مما ينجم عنه تشديد مسؤوليته، هذا ويضيف فقهاء الشريعة الإسلامية شروطا أخرى للعيب الخفي مثل عدم اشتراط البراءة من العيب، ألا يزول العيب قبل فسخ البيع، ألا يكون العيب طفيفا، أن تكون السلامة من العيب غالبية في مثل المبيع المعيب.

الفقرة الخامسة. يجب أن يكون البيع منشأً للالتزام

بالضمان

يعني أن البيوع التي تتم بطريق القضاء والبيوع الإدارية التي تتم عن طريق المزاد لا يشملها الضمان.

هذا ما جاء في المادة ٤٢٢ مدني سوري " لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا تمت بالمزاد".

وعلى هذا النحو، فإن البيوع القضائية التي تتم بالمزاد كبيع أموال المدين تنفيذاً لوفاء الدائن، وبيع أموال القاصر والمحجور عليه بطريق المزاد، لا ينشأ عنها التزام على عاتق البائع بضمان العيوب الخفية. كذلك الحكم بالنسبة إلى البيوع الإدارية التي تتم عن طريق المزاد، كالبيع الذي تجريه إدارة الضرائب إستيفاء لحقها من أحد الممولين أو المطالبين بالضرائب. الحكمة من هذه القاعدة أن هذه البيوع، بما يرافقها عادة من إجراءات طويلة تتيج للمشتري فحص المبيع فحصاً كافياً يحميه من مخاطر العيوب، كما أن ما يترتب عليه من مصالح مختلفة يوجب عدم تهديدها بالفسخ وإلغاء ما رافقها من إجراءات بما يظهر في المبيع من عيوب.

إذاً هذه البيوع لا يكون البائع ضامناً للعيوب الخفية ولكنه يبقى على عاتقه التزام بضمان التعرض ولاستحقاق كما مر معنا سابقاً.

أما في البيوع الاختيارية، حتى ولو أجريت بطريق المزاد العلني، كبيع العين الشائعة بالمزاد وذلك لعدم إمكانية قسمتها أو البيوع التي تقوم بها الشركات لتصفية موجوداتها، أو البيوع التي تجريها بعض المواقع الإلكترونية عن طريق المزاد كما هو الحال بالنسبة للمزادات التي يطلقها الموقع الشهير E-bay،

فتعد هذه البيوع بيوعاً عادية يلتزم فيها البائع بضمان العيوب الخفية إذا ما توافرت شروطها الأخرى على نحو ما اوردنا.

المطلب الثاني. أثر وجود العيب الخفي

تنص المادة ٤١٧ مدني على أنه:

١- إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع.

٢- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب. وتنص المادة ٤١٨ مدني على أنه:

" إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤١٢".

إذا توافرت شروط العيب الخفي ينشأ للمشتري الحق في ضمان العيب الخفي وفيها يرجع المشتري على البائع بضمان العيب الخفي ولكن يلزم لذلك أن يقوم المشتري أولاً بإخطار البائع بوجود العيب الخفي وذلك

يتضح من نص المادة ٤١٨ مدني إنَّه يجب على المشتري أن يتحقق أولاً من حالة المبيع ثم إخطار البائع ثم رفع دعوى الضمان، إذن عدة مراحل مطلوبة للحصول على ضمان العيب الخفي.

الفقرة الأولى. إجراءات رجوع المشتري بالضمان

إذا تحقق المشتري من العيب الخفي في الشيء المبيع، توجب الضمان على البائع ويكون من حق المشتري الخيار بين التنفيذ العيني، إذا كان ممكناً وبين دعوى الفسخ أو التنفيذ بمقابل وفق نص المادة ٤١٨ مدني سوري إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، وكان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤١٢ مدني سوري.

فله أن يطلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً، كطلب إصلاح العيب الذي أصاب المبيع أو إبداله بشيء آخر مماثل. فإذا لم يقدّم البائع بذلك وكان المشتري لم يعطي البائع الثمن أو لم يدفعه كاملاً، جاز له حق حبس الثمن حتى يقوم البائع بتنفيذ التزامه عملاً بالمادة ١٦٢ والمادة ٢٤٧ مدني سوري.

كما يستطيع المشتري إذا كان العيب جسيماً أن يرد المبيع إلى البائع مقابل مطالبته بالمبالغ المبيّنة في المادة ٤١١ مدني سوري، أي كما لو كان هناك استحقاقاً كلياً للشيء المبيع، أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب.

دعوى الضمان وما يسبقها من إخطار - إذا وجد بالمبيع عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة الذكر، وجب على المشتري المبادرة إلى إخطار البائع به، ثم له بعد ذلك أن يرجع عليه بدعوى الضمان ويجب رفعها خلال مدة قصيرة والا سقطت بالتقادم.

أولاً. إخطار البائع بالعيب

يستنتج من نص المادة ٤١٧ التزامين:

١. أن يقوم المشتري بفحص المبيع بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل، ففحص بضاعة المستوردة يتسلمها المشتري بواسطة وكيله في المستودعات الجمركية في مرفأ

تفريغها، لا يتم عملياً في هذه المستودعات، حيث لا يتوافر للتاجر المشتري الوسائل والرؤية الكافية لفحص المبيع، فيما يجري عملياً لدى وصول البضاعة الى مستودعاته وبمجرد كشف العيب.

٢. يجب على المشتري المبادرة بإخطار البائع بالعيب بمجرد الكشف عنه. والسياسة التشريعية في ضمان العيب الخفي قائمة على عدم التراخي في اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات العيب والمبادرة إلى رفع دعوى الضمان، لأن الإبطاء في شيء من ذلك قد يجعل إثبات العيب عسيراً، وقد تتعذر معرفة منشأه وهل كان موجوداً عند التسليم أو حدث بعده، فيفتح باب المنازعات ويتسع المجال لادعاءات من جهة كل من المتبايعين، وبخاصة من المشتري فقد يدعي بعد مدة طويلة أن بالمبيع عيباً كان موجوداً عند التسليم ويتخذ هذا الادعاء حجة للرجوع عن الصفقة. فحتى يستقر التعامل وتنحسم أوجه النزاع، أوجب المشرع على المشتري أن يبادر إلى إخطار البائع بالعيب بمجرد كشفه، ثم جعل مدة التقادم في دعوى الضمان قصيرة، فهي سنة واحدة من وقت التسليم الفعلي للمبيع كما سنرى. وبهذه الإجراءات السريعة والمدد القصيرة تتميز دعوى ضمان العيب الخفي عن غيرها من الدعاوى التي تتلاقى معها كدعوى الإبطال للغلط ودعوى الفسخ لعدم التنفيذ.

على أنه، إذا تسلم المشتري المبيع، ولو كان به عيب ظاهر أو عيب في حكم الظاهر مما يتمكن من تبينه بالفحص المعتاد، لم يُعد بمجرد التسلم قابلاً بالعيب. فقد أعطى مهلة، له فيها، بل يجب عليه فيها، التحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد، وهذه المهلة حددها المشرع بأنها المهلة المعتادة وفقاً للمألوف في التعامل. فإذا اشترى شخص قماشاً من تاجر، فالغالب أن يكون هذا القماش مطوياً، فإذا كان فيه عيب ظاهر أو في حكم الظاهر، لم يُعد المشتري راضياً به بمجرد تسلمه القماش المطوي، وإنما

يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى منزله أو إلى متجره، وفي خلال المدة المألوفة في التعامل نشر القماش المطوي وفحصه فلم يجد به عيباً أو وجده عن طريق الفحص المعتاد، فسكت ولم يخطر به البائع في مدة معقولة، هي أيضاً متروكة للمألوف في التعامل. وإذا اشترى شخص سيارة، فإنه لا يُعد قابلاً بما فيها من عيب ظاهر أو في حكم الظاهر بمجرد تسلمها، بل لابد من مدة معقولة تمضي وفقاً للمألوف في التعامل يتمكن فيها المشتري من تجربة السيارة وكشف ما فيها من عيوب عن طريق الفحص المعتاد، فإذا وجد فيها عيباً ولم يخطر به البائع في مدة معقولة من وقت كشف العيب وفقاً للمألوف في التعامل، اعتبر راضياً بالعيب. أما إذا كان العيب الذي بالمبيع عيباً خفياً لا يمكن الكشف عنو بالفحص المعتاد، فإن المشتري لا يُعد راضياً به إلا إذا كشفه، بطريق فحص فني مألوف أو فحص فني متخصص بحسب الأحوال.

دون إبطاء أو خلال مدة معقولة يحددها المألوف في التعامل بحسب الأحوال، وذلك من وقت تسلم المبيع تسليمياً فعلياً لا حكماً. ولا يشترط شكل خاص في هذا الإخطار، فيصح أن يكون بإنذار على يد محضر، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، بل يصح أن يكون شفويّاً، ولكن على المشتري عبء إثبات حصول هذا الإنذار، ويستطيع أن يثبت به جميع الطرق ومنها البينة والقرائن لأنه واقعة مادية. فإذا لم يقع الإخطار في الوقت الملائم، اعتبر المبيع غير معيب أو اعتبر المشتري راضياً بالعيب الذي وجده فيه، ووقع على البائع الالتزام بالضمان حتى لو لم تكن دعوى الضمان قد تقدمت بانقضاء سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع على النحو الذي سنبينه فيما يلي.

فدعوى الضمان تسقط بعدم إخطار المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم بانقضاء سنة التقادم ولو وقع الإخطار بعد ذلك بل ولو لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد ذلك.

وكل ما يجب على المشتري هو إخطار البائع بالعيب على الوجه الذي بيناه. فلا يجب عليه طلب معاينة المبيع بواسطة خبير لإثبات العيب، وإن كان من حقه أن يفعل ذلك حتى بعد الدليل على العيب إذ هو المكلف بإثباته.

أما في حالة كان العيب من الصعب الكشف عنه بالفحص المعتاد. كما لو احتاج الكشف معاينة دقيقة وتامة وإلى تجربة طويلة كما لو كان موضوع العقد أجهزة مكيفات أو آلات مصنع معدة للتركيب، فلا يتمكن المشتري من فحصها بمجرد تسلمها في ميناء الوصول. لذلك لا يتمكن المشتري من فحصها وبيان فيما إذا كانت معيبة أو لا إلا بعد تركيبها. وبمجرد ظهور العيب يتوجب عليه إخطار البائع مباشرة، وليس خلال مدة معقولة.

ثانياً. دعوى ضمان العيوب الخفية

والآن نفرض أن المشتري قد أخطر البائع بالعيب في الوقت الملائم على الوجه الذي بيناه، فهو بعد هذا الإخطار يكون له الحق في الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب، وهي دعوى صاغها التقنين المدني على غرار دعوى ضمان الاستحقاق الجزئي كما هي مقرر في المادة 411 مدني. والشبه بين الدعويين واضح، ففي كليتهما لم تبلغ خسارة المشتري، من جراء الاستحقاق الجزئي أو العيب، أن يضيع المبيع كله، بل هو قد ضاع جزء منه أو من قيمته ولكنه جزء قد يبلغ من الجسامة حداً لو كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء. فالقانون لم يجد داعياً لتعدد الأحكام في ضمان الاستحقاق وفي ضمان العيب، فإن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة في القواعد العامة. فالواجب إذن في ضمان العيب تطبيق ما تقرر في ضمان الاستحقاق. ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسمي يكون المشتري مخيراً فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقاً لما تقضي به القواعد العامة، فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب. وإذا لم يكن العيب جسيماً، فلا يكون للمشتري إلا

التعويض. ويزيد التعويض أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع سيء النية أي يعلم بالعيب، أو حسن النية أي لا يعلم به. ففي الحالة الأولى يعوض الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقعاً، وفي الحالة الثانية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع.

فيجب إذن التمييز بين فرضين:

1. الفرض الأول: أن يكون العيب جسيماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء، والفرض الثاني أن يكون العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد بل كان لو علمه المشتري لأقدم على الشراء بالرغم من ذلك ولكن بثمن أقل. ففي الفرض الأول، إذا كان العيب جسيماً إلى الحد السالف الذكر، كان المشتري مخيراً بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه من البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلي، وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب.

2. الفرض الثاني: إذا كان العيب لم يبلغ من الجسامة المشار إليها، لا يكون للمشتري إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب. فالمشتري إذن، عند رجوعه على البائع بضمان العيب، لو أن يرد المبيع ويطلب بمبالغ معادلة للمبالغ التي يرجع بها في حالة الاستحقاق الكلي إذا كان العيب جسيماً ولم يختار استبقاء المبيع. أما إذا كان العيب غير جسيم، أو كان جسيماً واختار استبقاء المبيع، فإنه يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب. ونذكر الآن في إيجاز عناصر التعويض في الحالتين، وفقاً لما جاء في المادة 411 مدني. ففي حالة رد المبيع إلى البائع، يرد المشتري المبيع كما هو بالعيب اللاحق به، ويرد ما أفاده من ثمرات من وقت البيع. ويأخذ من البائع في مقابل ذلك:

(١) قيمة المبيع غير معيب وقت البيع، مع الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت البيع على النحو الذي فصلناه في ضمان الاستحقاق الكلي، ولا يكون هناك محل للمطالبة بقيمة الثمار لأن الفوائد القانونية مقابل هذه الثمار.

(٢) المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة التي يكون قد أنفقها على المبيع، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية أي يعلم بوجود العيب في المبيع وقت تسليمه للمشتري.

(٣) جميع مصروفات دعوى ضمان العيب الخفي، وذلك في حالة ما إذا كان البائع قد اضطره إلى رفع هذه الدعوى ولم يسلم بالتزامه بالضمان عندما أخطره المشتري بالعيب في الوقت الملائم.

(٤) بوجه عام التعويض عما لحق المشتري من خسارة أو ما فاتته من كسب بسبب العيب على النحو الذي بسطناه في ضمان الاستحقاق الكلي.

ويلاحظ إنَّه إذا كان البائع حسن النية أي لا يعلم بالعيب، لا يكن مسؤولاً إلا عن تعويض الضرر المتوقع الحصول وقت البيع، أما إذا كان سيء النية أي يعلم بالعيب، يعد مسؤولاً حتى عن الضرر غير المتوقع، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية. وفي حالة استبقاء المشتري للمبيع، يكون له أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمته معيباً، وبمصروفات دعوى الضمان إذا اضطره البائع إلى رفعها، وبوجه عام ما لحقه من خسارة أو فاتته من كسب بسبب العيب مع ملاحظة أن يكون البائع سيء النية مسؤولاً حتى عن تعويض الضرر غير المتوقع كما سبق القول. ويجوز أن يكون التعويض في جعل البائع يصلح العيب إذا كان قابلاً للإصلاح، أو أن يصلحه المشتري على نفقة البائع.

ثالثاً. هلاك المبيع المعيب

وفرض النص أن المبيع المعيب قد هلك بعد أن تسلمه المشتري، لأنه لو كان قد هلك قبل التسليم فإن هلاكه يكون على عاتق البائع ولا محل إذن لقيام ضمان العيب. لكن تضيق هذا الحكم لا يعني البائع من الضمان باعتبار التزامه يترتب في ذمته قبل هلاك المبيع وهذا ما جاء في نص المادة ٤١٩ مدني سوري التي استبقت دعوى الضمان ولو هلك المبيع لأي سبب كان. حتى تنتفي الشبهة في أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان فهلاك المبيع المعيب إذن وهو في يد المشتري لا يسقط دعوى الضمان. فيجوز للمشتري دائماً أن يطالب البائع، بالرغم من هلاك المبيع، بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب على النحو الذي بيناه في حالة استبقاء المشتري للمبيع. أما إذا كان العيب جسيماً إلى حد يسوغ للمشتري رد المبيع، فلا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بالتعويض الكامل عن كل المبيع إلا إذا كان هلاك المبيع غير منسوب إلى فعله. فإذا كان الهلاك بسبب العيب أو كان بسبب أجنبي فإنو يكون غير منسوب إلى فعله، فإن كان يسيراً اقتصر حق المشتري على طلب التعويض عن الضرر اللاحق به من جراء العيب قبل الهلاك. أما إذا كان جسيماً، يكون له في هذه الحالة أن يطالب البائع بالتعويض الكامل على النحو الذي يرجع به في حالة الاستحقاق الكلي، ولا يكون مطالباً برد المبيع لأن الرد استحالة عليه لا بفعله بل بسبب أجنبي، وإنما يرد إلى البائع ما أفاده من المبيع. أما إذا كان الهلاك بفعله، فإنه لا يستطيع الرجوع بتعويض كامل إذ قد تعذر عليه رد المبيع بسبب يرجع إلى فعله، ومن ثم وجب عليه أن يكتفي بمطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب على النحو المبين في حالة استبقائه للمبيع. وإذا نشأ الهلاك عن فعل المشتري تحمل تبعته ويرجع فقط على البائع بالتعويض، كما لو انه اختار الاحتفاظ بالمبيع.

بعض ظروف التي قد تطرأ على المبيع المعيب:

وقد يطرأ على المبيع المعيب ظروف أخرى غير الهلاك الذي سبق بيان حكمه، ونذكر من الظروف التي قد تطرأ على المبيع المعيب، غير الهلاك، الظروف الآتية:

ظهور عيب جديد بالمبيع بعد التسليم، ومن ثم تصرف المشتري في المبيع المعيب، أو تحوله إلى شيء آخر، زوال العيب الذي كان لاحقاً بالمبيع، ونبين في إيجاز ما الذي يؤدي إليه تطبيق القواعد العامة في كل من هذه الظروف. فإذا ظهر عيب جديد بالمبيع بعد التسليم، فظهور هذا العيب إذا كان بسبب أجنبي لا يمنع المشتري من رد المبيع وأخذ تعويض كامل، لأن هلاك المبيع بسبب أجنبي لا يمنع من ذلك فأولى ألا يمنع منه تعيب المبيع بعيب جديد بسبب أجنبي. أما إذا كان العيب الجديد بفعل المشتري، كان هذا مانعاً من الرد، ويقتصر المشتري في هذه الحالة على أخذ تعويض من البائع بسبب العيب الجديد مع استبقاء المبيع إذا كان سبب العيب يرجع إلى أمر قبل التسليم.

وإذا تصرف المشتري في المبيع المعيب، فإن كان تصرفه بعد اطلاعه على العيب، اعتبر هذا نزولاً ضمنياً منه عن ضمان العيب، إلا إذا احتفظ بحقه قبل التصرف وعند ذلك لا يرجع إلا بتعويض عن العيب لأنه استبقى المبيع وتصرفه فيه، أو إذا رجع عليه من اشترى منه بضمان هذا العيب، وعند ذلك يصح لو هو أيضاً ثم الرجوع على بائعه. أما إذا كان تصرف المشتري في المبيع المعيب قبل اطلاعه على العيب، فإنه لا يستطيع في هذه الحالة رد المبيع إلى بائعه بالعيب، إذ يتعذر عليه أن يسترده ممن اشتراه وهو ضامن للتعرض، والاسترداد والضمان لا يجتمعان كما سبق القول. فلا يبقى أمام المشتري الأول إلا الرجوع على بائعه بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب على الوجه الذي بيناه. وهذا ما لم يرد المشتري الثاني المبيع بالعيب، فعند ذلك يستطيع المشتري الأول هو أيضاً أن يرد المبيع على بائعه بنفس العيب .

^١ وكتصرف المشتري في المبيع المعيب ترتب عليه حقاً للغير، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن.

أما إذا تحول المبيع المعيب وهو في يد المشتري إلى شيء آخر، فإذا كان هذا التحول بفعله، فإن كان بعد اطلاعه على العيب تحمل البائع الضمان، وإن كان قبل اطلاعه على العيب امتنع الرد ولم يستطع المشتري الرجوع على البائع إلا بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب. وإذا كان هذا التحول بسبب أجنبي لم يمنع التحول الرد، لأن الهلاك بسبب أجنبي لا يمنع الرد فأولى ألا يمنعه مجرد التحول.

وفي حال زوال العيب الذي كان لاحقاً بالمبيع، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً ثم لا يرجع المشتري على البائع بضمان العيب، لأن سبب الضمان قد زال إلى غير رجعة فيزول الضمان بزوال سببه .

رابعاً. تقادم دعوى ضمان العيب الخفي

نرى من ذلك أن مدة التقادم في دعوى ضمان العيوب الخفية مدة قصيرة وذلك حتى يستقر التعامل ولا يكون البائع مهتداً بهذا الضمان أمداً طويلاً يتعذر بعده التعرف على منشأ العيب وهل هو قديم فيضمن أو حادث فلا يضمن. والمدة كما نرى سنة واحدة تسري من وقت تسلم المشتري للمبيع، ففي هذا الوقت يصبح من الممكن للمشتري أن يفحص المبيع ليتبين ما إذا كان فيه عيب موجب للضمان. ومتى انقضت السنة سقطت بالتقادم دعوى ضمان العيب الخفي، حتى لو كان المشتري لم يعمم بالعيب إلا بعد انقضاء هذه السنة، فقد أراد المشرع أن يستقر التعامل كما قدمنا، فمتى سلم البائع المبيع للمشتري

^١ وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبناني على هذا الحم صراحة، فقضت المادة ٤٥٩ من هذا التقنين بأن " تسقط دعوى الرد إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو خلالها، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً وغير قابل للظهور ثانية. ولا يجرى هذا الحكم إذا كان العيب قابلاً بطبيعته لمرجوع ".

وانقضت سنة على هذا التسليم أمن البائع تبعة ضمان العيب الخفي واطمأن إلى استقرار الصفقة، غير أنه إلى ما إذا كان المشتري سيطلع فيما بعد على عيب في المبيع.

مدة السنة يجوز قطعها وفقاً للقواعد المقرر في قطع مدد التقادم، ولكنها لا توقف في حق من لا تتوفر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية، ولو لم يكن له نائب يمثله قانونياً، لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات. وتوقف المدة إذا وجد سبب موقف غير الأسباب المتقدمة. ولا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة، لأن الأصل إنه لا يجوز الاتفاق على أن يَتمَّ التقادم على مدة أقل من المدة التي عينها القانون. وإذا كان يجوز الاتفاق على إطالة السنة، فذلك لأنه ورد في هذا الشأن نص صريح، إذ تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة 420 مدني: " ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول ". وإذا أضفنا إلى ذلك الفقرة الثانية من المادة 420 مدني، تبين أن مدة التقادم في ضمان العيب الخفي تكون أطول من سنة في حالتين:

إذا اتفق المتعاقدان على إطالة مدة السنة. كذلك يجوز بعد تمام السنة أن ينزل البائع ولو ضمناً عن التقادم بعد أن اكتمل، وفقاً للقواعد العامة.

إذا أثبت المشتري أن البائع قد تعمد إخفاء العيب عنه غشاً، تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت البيع لا من وقت التسليم، رجوعاً إلى الأصل بعد أن خرجنا من نطاق الاستثناء. فإذا كشف المشتري العيب الذي أخفاه عنه البائع غشاً حتى بعد انقضاء السنة، كان له أن يرفع دعوى ضمان العيب في خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع كما قدمنا.

عل أن تبدأ مدة سريان التقادم السنوي من تاريخ التسليم الفعلي للشيء المبيع للمشتري وهو التاريخ الذي يمكن فيه فحص المبيع وكشف عيوبه، لا التسليم الحكمي الذي يقصد به تحمل المشتري تبعة هلاك المبيع أو نفقات إيصاله إلى المرسل إليه. ففي البيوع الدولية، عندما يتم تسليم البضاعة إلى الناقل في

البيع CIF أو FOB لا يعد هذا التسليم في مرفأ الشحن تسليماً فعلياً يبدأ منه سريان التقادم السنوي لدعوى الضمان بل لا بد من اعتبار تاريخ تسليم البضاعة فعلياً إلى المشتري في مستودعات الجمارك في مرفأ الوصول.

الفقرة الثانية. الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب

الخفي

أولاً. تعديل أحكام ضمان العيب الخفي باتفاق خاص

أحكام ضمان العيب الخفي، كأحكام ضمان التعرض والاستحقاق، ليست من النظام العام، فيجوز للمتبايعين أن يتفق على تعديلها. والتعديل قد يكون - كما في ضمان التعرض والاستحقاق - بالزيادة أو بالإنقاص.

فالاتفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية قد يتعلق بأسباب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان. مثل الزيادة في أسباب الضمان كأن يشترط المشتري على البائع أن يضمن له كل عيب في المبيع لم ينتبه له وقت التسليم حتى لو أمكن تجنبه عن طريق الفحص العادي، أو أن يتفق معه على إطالة مدة التقادم فتكون أكثر من سنة وقد سبق ذكر ذلك. وضمان البائع صلاحية المبيع للعمل إنما هو نوع من أنواع الاتفاق على زيادة أسباب الضمان كما سنرى. ومثل زيادة حجم التعويض عند تحقق الضمان كأن يشترط المشتري، إذا ظهر عيب في المبيع يجيز رده إلى البائع حسن النية، أو أن يسترد أعلى القيمتين قيمة المبيع سالماً أو الثمن، فكل هذه الشروط التي من شأنها أن تزيد في ضمان البائع للعيب الخفي جائزة، ويجب العمل بها.

والاتفاق على إنقاص الضمان قد يتعلق أيضاً إما بأسباب الضمان واما بدعوى التعويض، مثل إنقاص أسباب الضمان كأن يشترط البائع على المشتري ألا يضمن له عيباً معيناً يذكره بالذات، أو ألا يضمن له العيوب التي لا تظهر إلا بالفحص الفني المتخصص. وقد قدمنا إنَّه لا يجوز إنقاص الضمان من ناحية الاتفاق على تقصير مدة التقادم. ومثل إنقاص حجم التعويض أن يشترط البائع على المشتري، إذا رد المبيع المعيب عليه، ألا يرد للمشتري إلا أقل القيمتين قيمة المبيع سليماً أو الثمن، أو ألا يرد إلا قيمة المبيع سليماً دون أن يدفع أي تعويض آخر. وقد يتفق بائع السيارة مع المشتري على إنَّه إذا ظهر عيب في بعض أجزاء السيارة، انحصر الضمان في استبدال أجزاء سليمة بهذه الأجزاء المعيبة خلال مدة معينة فكل هذه الشروط جائزة، ويجب العمل بها. إلا إنَّه يشترط لصحتها ألا يكون البائع عالماً بالعيب الذي اشترط عدم ضمان فتعمد إخفاءه عن المشتري غشاً منهم، ذلك إنَّه لا يستطيع شخص أن يعفي نفسه باتفاق خاص من المسؤولية عن غشه.

والاتفاق على إسقاط الضمان يكون باشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه لأي عيب يظهر في المبيع. ويصح هذا الشرط، فلا يكون البائع ضامناً لأي عيب يظهر في المبيع، حتى لو كان يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه لم يتعمد إخفاءها عن المشتري ويكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخيار كما أرينا في ضمان التعرض والاستحقاق، ويراعي ذلك عادة في تقرير ثمن المبيع. ونرى من ذلك أن شرط إسقاط الضمان لا يصح إذا كان البائع عالماً بعيب في المبيع وتعمد إخفاءه عن المشتري غشاً منه، لأنه يكون في هذه الحالة قد اشترط عدم مسؤوليته عن الغش وهذا يقع باطلاً.

ثانياً. ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل

تنص المادة ٤٢٣ مدني على أنه:

" إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره، وأن يرفع الدعوى في مدة سنة شهور من هذا الإخطار، وإلا سقط حقه في الضمان، كل هذا ما لم يتفق على غيره.

في بعض الأشياء الدقيقة الصنع التي يصعب كشف العيب فيها، كالألات الميكانيكية والسيارات والساعات والثلاجات والبطاريات الكهربائية وأجهزة الراديو يشترط المشتري على البائع أن يضمن له صلاحية المبيع للعمل مدة معينة، سنة أو سنتين أو نحو ذلك فالمشتري في هذه الحالة يزيد من ضمان البائع، لأنه لا يشترط خلو المبيع من العيوب فحسب، بل يشترط أيضاً صلاحية المبيع للعمل بغض النظر عما إذا كان فيه عيب أم لا. والذي يعني المشتري في مثل هذه الحالات هو أن يكون المبيع صالحاً للعمل ولا يعنيه أن تكون عدم الصلاحية راجعة إلى عيب معين. ذلك أن تركيب المبيع في هذه الحالات يقتضي عادة دقة فنية، أي خلل فيها يجعل المبيع غير صالح للعمل، دون أن يمكن إسناد ذلك إلى عيب بالذات ومن هنا يأتي احتياط المشتري، فيحصل من البائع على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، ويضمن بذلك إلى إنَّه اشترى شيئاً صالحاً للعمل هذه المدة على الأقل، ويغلب أن المبيع إذا صلح للعمل هذه المدة يكون صالحاً للعمل بعد انقضائها إلى المدى المألوف في التعامل. وهذا الشرط جائز ومنصوص عليه في المادة 423 من القانون المدني، ويجب العمل به.

ويتميز هذا الضمان الخاص وفق احكام المادة 423 من القانون المدني عن زيادة الضمان بوجه

عام فيما يأتي:

(١) أنه يجعل الضمان شاملاً لأي نوع من الخلل في المبيع حتى لو لم يكن هذا عيباً، فيكفي ألا يكون المبيع صالحاً للعمل حتى يتحقق الضمان. وغني عن البيان أن هذا الضمان لا يمنع ضمان العيوب الخفية، فيضمن ظهور عيب في المبيع ولو لم يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح، كالعيوب في طلاء الساعة الخارجي، فتسري القواعد المقررة في ضمان العيب الخفي ومن أهمها أن تكون مدة التقادم سنة لا ستة شهور وان يكون الإخطار في الوقت الملائم لا في مدة شهر.

(٢) أن يقتصر بمدة معينة يكون فيها البائع مسؤولاً عن الضمان، وهي مدة يقدر المشتري أنها تكفي لتجربة صلاحية الشيء للعمل إذا كان المبيع ساعة أو سيارة، أو أنها تكفي لاستهلاك المبيع ذاته كاشتراط سنة لصلاحية البطارية الكهربائية.

(٣) أن المدة التي يجب فيها أن يخطر المشتري البائع بالخلل هي شهر من وقت ظهوره، والا سقط الضمان. وفي الضمان العادي لم تحدد مدة للإخطار، بل يكون ذلك في الوقت الملائم كما سبق القول. ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان في الحالة التي نحن بصددتها على أن تكون مدة الإخطار أكثر من شهر أو أقل، فأحكام هذا النص ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها كما ورد صراحة في النص.

(٤) أن المدة الواجب رفع الدعوى الضمان خلالها هي ستة أشهر من وقت الإخطار. وفي الضمان العادي المدة سنة من وقت تسليم المبيع كما قدمنا. ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون المدة أقل من ستة شهور. فليست المدة هنا مدة تقادم بل هي مدة سقوط وهي ليست من النظام العام فتجوز إطالتها ويجوز تقصيرها باتفاق خاص. أما مدة السنة في الضمان العادي فهي مدة تقادم، تجوز إطالتها ولا يجوز تقصيرها كما سبق القول.

(٥) يكون التعويض عادة في هذا الضمان أن البائع يصلح المبيع حتى يعود صالحاً للعمل، وإذا لم يكن قابلاً للإصلاح أبدلته بمثل له يكون صالحاً، ويقصد به ضمان صلاحية المبيع في الأشياء الدقيقة كالآلات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك فإذا وجد شرط صريح بضمان البائع لصلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، ثم ظهر خلل أثناء هذه المدة، فالواجب أن يخطر المشتري البائع في مدة شهر من ظهور الخلل والا سقط حقه في الضمان، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة أشهر من هذا الإخطار.

(٦) ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتُعدُّ صحيفتها إخطاراً كافياً، ولكن المشتري يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع حقه. ويلاحظ أن ميعاد الإخطار في هذه الحالة الخاصة قد تحدد بشهر، خلافاً لحالة ضمان العيب بوجه عام حيث نص على أن الإخطار يكون إما خلال مدة معقولة أو بمجرد كشف العيب وفقاً لطبيعة الشيء المبيع. وغني عن البيان إنَّه يجوز الاتفاق على تعديل ميعاد الشهر والسنة والستة أشهر.

تلك هي الأحكام العامة الخاصة بنظرية ضمان العيوب الخفية في عقد البيع بصورة عامة وهي ذات الأحكام التي تحدد الإطار العام لهذه النظرية في عقد بيع البضائع الدولي، حيث أن القواعد والاتفاقيات الدولية لم تتضمن نصوصاً صريحة ومباشرة خاصة بضمان العيوب الخفية. ويرى البعض في هذا الصدد أن الأحكام الخاصة بحالات المطابقة الواردة في اتفاقيتي لاهاي والأمم المتحدة تستوعب نظامي ضمان العيوب الخفية وفوات الوصف معاً، باعتبار أن أيّاً منهما يُعد حالة من حالات المطابقة المادية. ويبدو الأمر واضحاً في اتفاقية الأمم المتحدة التي قررت التزام البائع بالمطابقة ومسئوليته عن أي عيب في المطابقة يوجد وقت انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري حتى ولو ظهر هذا العيب في وقت لاحق. ونتيجة لذلك فإن الاتفاقية المذكورة تقيم مسؤولية البائع بشرط أن يكون العيب قديماً، وهي بذلك

تستوعب نظرية ضمان العيوب الخفية لتوافر شرط قدم العيب، وتؤسس عدم المطابقة على وجود عيب سابق لوقت انتقال المخاطر وهو التسليم

ومن التطبيقات العملية لضمان العيوب الخفية في عقود بيع البضائع الدولية تلك الضمانات التي ظهرت نتيجة للتطور الصناعي والتكنولوجي والتصنيع الهائل لبعض السلع في العصر الحديث مثل العربات والآليات والأجهزة. حيث يتم الاتفاق بين الشركات الرئيسية المصنعة والموردة على إصدار ضمان بخلو البضائع من العيوب الخفية، وتحديد مدة صلاحيتها للاستعمال بصورة معقولة وكافية لظهور أي عيب في السلعة أو فوات وصف فيها.

ويستند هذا الضمان إلى الاتفاق، باعتبار أن القاعدة القانونية في هذه الحالة هو جواز تعديل أحكام الضمان بالاتفاق زيادة أو نقصاناً، حيث أن الضمان المذكور لا يُعد من النظام العام وتضمنت اتفاقية الأمم المتحدة القاعدة الخاصة بالضمان الاتفاقي حيث قررت مسؤولية البائع عن أي عيب في المطابقة يظهر بعد التسليم، ويرجع إلى إخلال البائع بأي من التزاماته، ومنها الإخلال بالضمان الذي يقضي ببقاء البضائع خلال مدة معينة صالحة للاستعمال العادي أو للاستعمال الخاص أو محتفظة بصفاتها أو بخصائصها.

الفصل الثاني

التزامات المشتري

تقوم نظرية العقد أساسًا على فكرة تبادل الالتزامات بين الطرفين. وعقد البيع كغيره من العقود يقوم أيضًا على فكرة تبادل الالتزامات بين البائع والمشتري. وقد لاحظنا عند التعرض للالتزامات البائع أن تلك الالتزامات ترتب أحكامًا قانونية خاصة ترتبط بصورة مباشرة بالالتزامات المشتري وتطور معها في إطار قانوني موحد. ويلتزم المشتري في عقد البيع بالالتزامات محددة بموجب العقد. وتتفق التشريعات الوطنية المختلفة في تحديد التزامات المشتري الرئيسية في عقد بيع البضائع بصورة عامة، وهي دفع الثمن وتسليم البضاعة. وتختلف تلك التشريعات في تحديد الالتزامات الإضافية مثل التزام المشتري بدفع المصروفات الناشئة عن عقد البيع، حيث تكتفي أغلب التشريعات بتحديد الالتزامين اللذين سبق ذكرهما وتترك تحديد الالتزامات الإضافية لاتفاق الطرفين.

واهتمت اتفاقيتا لاهاي والأمم المتحدة بالأحكام الخاصة بالالتزامات المشتري، حيث قررت اتفاقية لاهاي ابتداء التزامات المشتري بدفع ثمن البضاعة وتسليمها على النحو المحدد في العقد وفي الاتفاقية. وحددت أيضًا اتفاقية الأمم المتحدة التزامات المشتري بدفع ثمن البضاعة وتسليمها وفق ما جاء في العقد وفي الاتفاقية وتضمنت الاتفاقيتان أيضًا تحديدًا مفصلاً للجزاءات التي تترتب على إخلال المشتري بالتزاماته.

بعد أن تناول المشرع السوري أحكام عقد البيع بوجه عام من تعريفه إلى التزامات البائع في المواد من ٤١٥ إلى ٤٢٣ من التقنين المدني في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني من التقنين المدني، بين المشرع التزامات المشتري في المواد من ٤٢٤ إلى ٤٣٢ ثم تحدث عن بعض أنواع البيوع في مرض الموت وبيع النائب لنفسه في المواد من ٤٤٧ حتى ٤٤٩ وعلى ذلك سوف نتناول التزامات المشتري وهي:

١- الالتزام بدفع الثمن.

٢- الالتزام بدفع نفقات العقد.

٣- الالتزام بتسليم المبيع.



المبحث الأول. التزام المشتري بالوفاء بالثمن

يُعد الثمن محل التزام المشتري الرئيسي، والثمن عنصر أساسي في عقد البيع فبدونه لا يعد العقد بيعاً، فالثمن النقدي يفرق البيع عن غيره من العقود فهو يميز البيع عن المقايضة والهبة والإيجار وغيرها. وسوف نتناول الثمن الواجب الوفاء به.

المطلب الأول. أحكام الوفاء بالثمن - مكانه

- زمانه.

الفقرة الأولى. الثمن

يعرف الثمن في عقد البيع بصورة عامة بأنه: "مبلغ من النقود يتفق عليه طرفا العقد " فيلتزم المشتري بدفعه إلى البائع مقابل انتقال ملكية المبيع إلى المشتري ويحدد الفقه الإسلامي الثمن بصورة موسعة، حيث يشمل الأعيان القيمة مثل الحيوان والثياب ونحوهما، مثل بيع كمية من السكر بشيء من القيميات. وفي هذا الصدد يميز جمهور الحنفية بين المبيع والثمن على أساس أن المبيع في الغالب ما يتعين بالتعيين، والثمن في الغالب ما لا يتعين بالتعيين. ويعرف الفقه الإسلامي الثمن بصورة عامة بأنه: "هو ما " تراضى عليه المتبايعان مقابلاً للمبيع سواء كان أقل من القيمة أو أكثر منها وفي الفقه الإسلامي تُعد ملكية البائع للثمن حكماً مباشراً للعقد النافذ وليس التزاماً ناشئاً عنه.

يلتزم المشتري بالوفاء بثمان المبيع المتفق عليه في عقد البيع، والثمن يكون دائماً نقداً ولا يصح أن يكون الثمن من غير النقود، ويُعد الثمن محل التزام المشتري ويقابل التزام البائع بنقل ملكية المبيع، ويجب

أن تتوفر في الثمن عدة شروط من قبيل جدية الثمن، وتعيين الثمن أو قابليته للتعيين وأن يكون نقدياً كما سبق إيضاحه في أحكام عقد البيع عند الكلام عن المحل في عقد البيع. إضافة إلى الثمن يلتزم المشتري بدفع مصروفات أو نفقات الوفاء بالثمن بحسب الأصل، أي ما لم يتفق الطرفان أو يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، حسبما تنص المادة ٣٤٦ من التقنين المدني ومثال نفقات الوفاء بالثمن نفقات إرساله إلى البائع في المكان الواجب فيه دفع الثمن كرسوم البريد أو رسوم إرسال عن طريق البنك أو أي طريق آخر.

وفي حالة رفض البائع قبض الثمن، يقوم المشتري بإتباع إجراءات عرض الثمن على البائع وإيداعه لحساب البائع في خزانة المحكمة حتى يتخلص من التزامه بالوفاء بالثمن.^٨

الأصل أن المشتري هو الملتزم بدفع الثمن لكن ليس هناك ما يمنع من أن يقوم غيره بالوفاء بالثمن لحسابه، كما لو دفع الأب الثمن لحساب ولده ففي الحالتين تبرأ ذمة المشتري من الالتزام بالوفاء بالثمن.^٧

الفقرة الثانية. دفع فوائد الثمن

تنص المادة ٤٢٦ على أنه:

- ١- لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.
- ٢- وللمشتري ثمن المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

^١ نقض سوري ١/٢٤/١٩٦٧، مجموعة أحكام النقض س ١٨ ق، رقم ٢٩، ص ١٥٨.

^١ نقض سوري ١/١٤/١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ رقم ٩٧، ص ٦٠٤.

ينبغي ملاحظة أن التزام المشتري بدفع فوائد الثمن لا يثور إذا دفع المشتري الثمن فور العقد، أما إذا لم يدفع الثمن فور العقد فإنه يلتزم بدفع فوائد الثمن وهي لا تستحق للبائع إلا إذا أعذر البائع المشتري أو إذا سلمه المبيع وكان هذا الشيء المبيع قابلاً لأن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره.

المقصود بالفوائد التي يلتزم المشتري بدفعها هي الفوائد القانونية حسبما يتضح من نص المادة ٤٢٦ مدني، والفوائد القانونية كما هو معروف وسعرها ٤ % في المسائل المدنية، ٥ % في المسائل التجارية وفقاً لنص المادة ٢٢٧ مدني.

ويلتزم المشتري بدفع هذه الفوائد القانونية في حالة عدم وجود اتفاق على التزام المشتري بها، أو عرف يقضى بدفعها. أما إذا كان هناك اتفاق على تحمل المشتري بفوائد الثمن فإن هذا الاتفاق هو الذي يحدد بدء سريانها وشروطه وسعر الفائدة بشرط ألا تزيد عن ٩ % أي تكون في حدود الحد الأقصى لسعر الفائدة وفقاً لنص المادة ٢٢٨ مدني، ويغلب أن يوجد هذا الاتفاق في حالة الثمن المؤجل أو المسقط ويجوز في حالة التأخير في الوفاء بالثمن الفوري.

فإذا لم يوجد اتفاق بين البائع والمشتري بشأن الفوائد فإن المشتري يلتزم بالفوائد القانونية للثمن في حالتين وفقاً للمادة ٤٢٦ مدني.

الحالة الأولى:

إذا كان الثمن مستحق الوفاء وأعذر البائع المشتري أن يدفعه، فمن وقت الأعذار تجب الفوائد القانونية المحسوبة بسعر ٤ % في المسائل المدنية، ٥ % في المسائل التجارية على الثمن وبالطبع تستمر هذه الفوائد حتى يوم الدفع. ويعد احتساب فوائد قانونية هنا بمثابة استثناء من القاعدة العامة التي تقضى بأن الفوائد القانونية لا تسري إلا من وقت المطالبة القضائية وفقاً للمادة ٢٢٧ مدني.

الحالة الثانية:

إذا سلم البائع المبيع للمشتري وكان الشيء المبيع قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى فالفوائد تستحق من وقت لتسليم سواء كان التسليم فعلياً أو حكماً أي سواء تسلمه بالفعل أم لم يتسلمه مادام البائع قد وضع المبيع تحت تصرفه وخطره بهذا الوضع.

وتستحق الفوائد من وقت التسليم إذا كان المبيع منتج ثمرات أو إيرادات بالفعل، وكذلك تستحق الفوائد حتى لو لم يكن المبيع منتج لثمار أو إيرادات طالما إنه قابل لإنتاج ثمرات أو إيرادات، فالنص لم يشترط أن يكون المبيع منتجاً لثمار أو إيرادات بالفعل بل قال إن يكون " قابلاً لإنتاج ثمار أو إيرادات أخرى " وعلى ذلك إذا كان المبيع منزلاً يصلح للاستغلال أو أرضاً تصلح للزراعة، فتستحق عنه فوائد قانونية من وقت تسليم المبيع سواء أجر المنزل وزرعت الأرض وتحصل المشتري ثمرات أو إيرادات منها أم لا. وتستحق الفوائد القانونية من وقت التسليم سواء أكان الثمن حالاً أو مؤجلاً أو مقسطاً.

ويرجع سبب التزام المشتري بالفوائد القانونية من وقت تسليم المبيع واستحقاق البائع لهذه الفوائد، متى سلمه المبيع وكان الشيء قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات، إلى أن حق البائع في فوائد الثمن يقوم على أساس من العقد الذي يأبى أن يجمع المشتري بين يديه ثمرات البدلين، المبيع والثمن. ولذلك حق أن يكون على المشتري فوائد ثمن المبيع من يوم تسلمه، ولا يقف جريان هذه الفوائد أن يكون الثمن أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالاً، كأن يكون مؤجلاً أصلاً أو لعدة طارئة أو يكون محجوزاً عليه أو محبوساً تحت يد المشتري.

وتتقدم الفوائد المستحقة عن ثمن المبيع القابل لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى بخمس سنوات من تاريخ استحقاقها بوصفها حقاً دورياً متجديداً، فالمعروف أن الحقوق الدورية المتجددة تتقدم بخمس سنوات وفقاً للمادة ٣٧٣ مدني.

الفقرة الثالثة. تحمل المشتري لتكاليف المبيع

بالإضافة إلى تحمل المشتري للثمن والفوائد المستحقة، فإنه يتحمل أيضا تكاليف المبيع وذلك كالضرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانتة ونفقات الاستغلال.

فوفقا لنص المادة ٤٢٦ مدني للمشتري ثمن المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليفه من هذا الوقت أيضا.

فثمار المبيع ونماؤه من حق المشتري من وقت تمام البيع، وفي مقابل تملكه للثمار وللنماء فإنه يتحمل تكاليف المبيع لأن هذه التكاليف ضرورية لإنتاج المبيع للثمار أو الإيرادات الأخرى، تبريراً لذلك " لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف والغرم بالغنم.

لكن القاعدة التي تقضى بأن للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا، هي قاعدة مكملة، أي أنها تسري ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف لذلك ووفقا للمادة ٤٢٦/٢.

المطلب الثاني. أحكام الوفاء بالثمن

نتناول مكان الوفاء بالثمن وزمان الوفاء به وحق البائع في حبس الشيء المبيع إذا لم يوف البائع

الثمن.

الفقرة الأولى. مكان الوفاء بالثمن

تنص المادة ٤٢٤ مدني على أنه:

١- يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي

بغير ذلك.

٢- فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن

المشتري وقت استحقاق الثمن.

يلتزم المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن في الزمان والمكان المحددين، حيث لا يبرأ المشتري بتنفيذ

التزامه بالدفع في الزمان المعين، بل يجب أيضاً دفع الثمن في المكان المحدد وفق أحكام البيع. ولكن ما

هو المكان الذي يلتزم المشتري بدفع الثمن فيه؟

يتضمن القانون المدني السوري حكماً بشأن تحديد المكان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن، حيث يقرر

في هذا الشأن أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف

يقضي بغير ذلك. أما إذا لم يكن الثمن مستحق الوفاء وقت تسليم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي

يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن. ووفقاً لحكم القانون السوري أعلاه فإن الثمن يستحق الدفع

في وقت تسليم المبيع، وحيث أن الثمن يدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع فإنه أيضاً يدفع في نفس

المكان الذي

يسلم فيه المبيع استنادًا على مبدأ ارتباط التزام التسليم والتزام دفع الثمن من ناحية المكان والزمان. أما إذا كان الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع، ويكون ذلك في حالة تحديد وقت معين لدفع الثمن وتحديد وقت آخر لتسليم المبيع، ففي هذه الحالة يجب دفع الثمن في موطن المشتري أو في مكان عمله وقت استحقاق الثمن.

ويلتزم المشتري وفقًا لأحكام قانون المعاملات المدنية بدفع الثمن في المكان المحدد في الاتفاق أو الذي يحدده العرف. أما إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد مكان دفع الثمن فإن القانون يقرر حالتين لتحديد المكان تبعًا لزمان دفع الثمن، وهي: -

الحالة الأولى: إذا كان الثمن مستحق الوفاء وقت تسليم المبيع، يكون مكان دفع الثمن هو مكان وجود المبيع وقت إبرام العقد.

الحالة الثانية: إذا كان الثمن مستحق الوفاء في وقت لاحق لوقت تسليم المبيع، يكون مكان دفع الثمن في موطن المشتري أو مركز أعماله وقت استحقاق الدفع، أي عند حلول الأجل.

تسري الأحكام السابقة في حالة عدم وجود اتفاق أو عرف يقضى بخلاف ذلك، فإذا ما وجد اتفاق يحدد مكان التسليم فتكون له الأولوية، وإن لم يوجد اتفاق ووجد عرف يحدد مكان التسليم يعمل به، وإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف تطبق الأحكام الواردة بالمادة ٤٢٥ مدني السابق ذكرها.

أما فيما يتعلق بالبيوع الدولية، فقد تعرضت الاتفاقيتان الدوليتان لتحديد مكان دفع الثمن في البيع الدولي، حيث أخذت اتفاقية لاهاي ابتداءً بمكان عمل البائع أساسًا لدفع الثمن، وقررت في هذا الشأن أن المشتري يلتزم بدفع الثمن في مكان عمل البائع، وفي حالة عدم وجود مكان عمل للبائع يكون دفع الثمن في مكان إقامته المعتاد. وفي الحالة التي يكون فيها الدفع مقابل تسليم البضاعة أو المستندات فإن دفع الثمن يكون في مكان تسليم البضاعة أو المستندات.

وتقرر الاتفاقية المذكورة حكمًا خاصًا بمصروفات دفع الثمن في حالة تغيير مكان عمل البائع أو مكان إقامته في وقت لاحق لوقت إبرام العقد، حيث تقرر التزام البائع بتحمل الزيادة في المصروفات الخاصة بدفع الثمن الناجمة عن ذلك التغيير.

وتحدد اتفاقية الأمم المتحدة مكان دفع الثمن بالمكان الذي يحدده العقد، وفي حالة خلو العقد من تحديد المكان فإن المشتري يلتزم بدفع الثمن في مكان عمل البائع. وإذا كان الثمن مستحق الدفع في وقت تسليم البضاعة أو المستندات للمشتري يكون دفع الثمن في مكان تسليم البضاعة أو المستندات، ومثال لذلك حالة الدفع بواسطة الاعتماد المستندي مقابل المستندات حيث يكون مكان الدفع في هذه الحالة هو البنك فاتح الاعتماد.

وتتضمن الاتفاقية حكمًا خاصًا بالزيادة في مصروفات دفع الثمن الناتجة عن تغيير البائع لمكان عمله في فترة ما بين إبرام العقد وقبل وقت استحقاق الثمن، حيث يكون مكان دفع الثمن هو المكان الجديد، ويتحمل البائع الزيادة في المصروفات

إن تحديد مكان دفع الثمن في عقد بيع البضائع الدولي يكون أصلاً بالرجوع إلى العقد، فإذا تضمن العقد مكانًا معينًا للدفع فإنه يجب على المشتري الالتزام به، وإذا لم يحدد العقد مكانًا للدفع فإن المشتري يلتزم بالدفع في مكان عمل البائع، أي مكان مباشرة البائع لأنشطته التجارية وهو المقر الأصلي للتصدير. وإذا كان الوقت المحدد لدفع الثمن هو ذات الوقت المحدد لتسليم البضاعة أو المستندات فإن مكان دفع الثمن يكون هو مكان تسليم البضاعة أو المستندات. وفي ذلك يتطابق تحديد مكان دفع الثمن مع زمان دفع الثمن في حالة خلو العقد من تحديد الوقت، حيث يلتزم المشتري بدفع الثمن في الوقت الذي يقوم فيه

البائع بوضع البضائع أو المستندات تحت تصرف المشتري. ويمثل ذلك التحديد تطبيقاً عملياً لمبدأ تقابل التزام دفع الثمن مع التزام تسليم البضاعة والتزام تسليم المستندات .^٨

الفقرة الثانية. زمان الوفاء بالثمن

اهتمت التشريعات الوطنية المختلفة بتحديد زمان دفع الثمن في عقد البيع بصورة عامة وفي عقد بيع البضائع بصفة خاصة في الحالة التي لا يتضمن فيها العقد زماناً محدداً للدفع أو توضيحاً للأسس التي يتم بموجبها تحديده.

تنص المادة ٤٢٥ مدني على أنه:

١- يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

٢- فإذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطلب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً.

٣- ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع.

يتضح من هذا النص أن وقت الوفاء بالثمن هو وقت تسليم المبيع أي الوقت الذي يسلم فيه المبيع، ويرجع سبب تحديد وقت الوفاء بالثمن بأنه وقت تسليم المبيع حتى يحصل ارتباط بين الالتزامات

^٨ ويحدد الفقه الإنجليزي القاعدة العامة لمكان دفع الثمن بالتزام المشتري بالدفع في المكان المتفق عليه في العقد. ولا يُعد المشتري مخلاً بالتزامه إذا لم يحضر البائع في ذلك المكان لتسلم الثمن أما إذا لم يحدد العقد مكاناً لدفع الثمن، يكون تحديد المكان بالرجوع إلى قصد الطرفين الذي يمكن استخلاصه من شروط العقد ومن الظروف والملابسات السائدة وقت إبرام العقد وفي الحالة التي لم يحدد العقد فيها مكاناً لدفع الثمن ولا يمكن تحديده من الظروف والملابسات السائدة وقت إبرام العقد

المقابلة لأطراف البيع، التزام البائع بالتسليم والتزام المشتري بالثمن، أي حتى " تنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد.

ويختلف هذا الحكم عن حكم القواعد العامة لزمان الوفاء بالالتزام بالقواعد العامة تقضى بأن وقت الوفاء بالالتزام هو فور تمام العقد أو كما تقول المادة ٣٤٤ مدني إنه " يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

وعلى ذلك فإننا نفرق بين حالة تحديد وقت لتسليم المبيع وحالة عدم تحديد وقت لتسليمه: ففي حالة عدم تحديد وقت لتسليم المبيع فيكون وقت الوفاء بالثمن هو هذا الوقت المحدد للتسليم، كما سبق أن ذكرنا وفق ما نصت عليه المادة ٤٢٥ مدني.

وتطبق هذه الأحكام في حالة عدم وجود اتفاق على تحديد زمان الوفاء بالثمن، أو عدم وجود عرف يحدد وقت الوفاء بالثمن. فإذا وجد اتفاق يحدد وقت دفع الثمن فينبغي الوفاء بالثمن في هذا الوقت، كما لو اتفق على تأجيل الثمن إلى وقت معين أو أن يدفع الثمن أقساطاً في آجال معينة، فيعمل بهذا الاتفاق بصرف النظر عن وقت تسليم المبيع.

وإذا لم يوجد اتفاق ووجد العرف يحدد وقت الوفاء بالثمن فإنه ينبغي الوفاء بالثمن في هذا الوقت، وإذا لم يوجد لا اتفاق ولا عرف فتطبق الأحكام السابقة. وإضافة إلى ذلك يقرر القانون قاعدة خاصة بالفسخ الحكمي لعقد البيع في حالة عدم دفع الثمن في الميعاد المحدد، حيث يتفق الطرفان على ميعاد معين لدفع الثمن وأنه إذا لم يتم المشتري بدفع الثمن في ذلك الميعاد يُعد العقد غير نافذ، ففي هذه الحالة إذا لم يتم تسليم المبيع ودفع الثمن وجب التنفيذ بهذا الميعاد للوفاء بالالتزام الثمن في الميعاد المحدد ولم يزل المبيع عند البائع فإن العقد يُعد منفسخاً حكماً.

وفي كل حالة يكون فيها استحقاق الثمن والتسليم واحد، يثور التساؤل، أي من الطرفين يبدأ بتنفيذ التزامه؟ إذ من المتصور أن يتوقف كل منهما عن الوفاء بالتزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ ما التزم به، من المرجح أن الطرف الذي يبدأ بمطالبة الآخر، يجب أن يبدأ بالوفاء بالتزامه، فإذا طالب المشتري البائع بتسليم المبيع وجب عليه أن يبدأ بالوفاء بالثمن، وإلا جاز للبائع الدفع بعدم التنفيذ وحبس المبيع. بالمقابل إذا طالب البائع المشتري بالوفاء بالثمن، طان عليه أن يوفي بتنفيذ التزامه أولاً بتسليم المبيع وإلا جاز للمشتري الامتناع عن دفع الثمن.

في القانون الفرنسي، تنص المادة ١٦٥١ على أنه يجب على المشتري دفع الثمن في الزمان والمكان الذين يجب أن يتم فيها تسليم المبيع مالم يتفق على غير ذلك. مقتضى هذا النص أنه إذا عين أجل لتسليم المبيع دون تعيين أجل لدفع الثمن، يجوز للمشتري أن يؤجل دفع الثمن إلى وقت تسليم المبيع.

في القانون المصري، ذات النص في القانون السوري وهو نص المادة ٤٥٧ مدني مصري، يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يتسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك. وفي الفقه الإسلامي يكون دفع الثمن حال إبرام العقد، حيث يلتزم المشتري بدفع الثمن أولاً ومن ثم المطالبة بتسليم المبيع. ويبطل عقد البيع إذا اشترط فيه تسليم المبيع أولاً والثمن ثانياً .

وتتضمن الاتفاقيتان الدوليتان أحكاماً خاصة بتحديد زمان دفع الثمن في البيع الدولي. وتتفق الاتفاقيتان في تحديد الإطار العام الخاص بزمان دفع الثمن على أساس العقد أو العرف. وتختلف

^١ وينص قانون بيع البضائع الإنجليزي على حرية الأطراف المطلقة في تحديد زمان دفع الثمن، ولا يشترط وفقاً للقانون أن يكون لتحديد زمان التسليم أي علاقة بنقل ملكية البضاعة أو تاريخ تسليمها. ويتضمن القانون المذكور في المادة (١٠) منه حكماً خاصاً بتكييف بنود زمان دفع الثمن، حيث يقرر في هذا الشأن أن البنود الخاصة بتحديد زمان الدفع لا تعتبر من أساسيات عقد البيع ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. وتبعاً لذلك فإنه إذا أخل المشتري بميعاد دفع الثمن، فإن هذا الإخلال لا يعطي البائع الحق مطلقاً في إعادة بيع البضائع باستثناء الحالات المحددة في القانون التي سبق التعرض لها عند حديثنا عن علاقة التسليم بدفع الثمن والتي تعطي الحق للبائع الذي لم يدفع الثمن إليه في إعادة بيع البضائع.

الاتفاقيتان في تحديد الأحكام التفصيلية الخاصة بزمان دفع الثمن. وتنص اتفاقية لاهاي ابتداءً على إنه إذا اتفق الطرفان على ميعاد معين لدفع الثمن أو كان الميعاد محدد بموجب العرف فإن المشتري يلتزم بالدفع في ذلك الميعاد دون اتخاذ أي إجراءات شكلية ووفقاً لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة فإن المشتري يلتزم بدفع الثمن في الميعاد المحدد في العقد. أما إذا لم يحدد العقد ميعاداً معيناً لدفع الثمن، فإن المشتري يلتزم بدفع الثمن في الوقت الذي يقوم فيه البائع بتسليم البضائع أو المستندات للمشتري، ويكون للبائع الحق في ربط دفع الثمن بتسليم البضائع أو المستندات وتقرر الاتفاقية المذكورة بالنسبة لعقود بيع البضائع الدولية التي تتضمن التزاماً بالنقل أن للبائع إرسال البضائع وله أن يشترط عدم تسليم البضائع أو المستندات إلا مقابل دفع الثمن.

ولا يلتزم المشتري بدفع ثمن البضائع إلا إذا قام البائع بإتاحة الفرصة له كاملة لفحص البضائع موضوع العقد، بشرط ألا يتعارض ذلك مع طريقة التسليم أو طريقة الدفع المحددة في العقد. إن التحديد الخاص بزمان دفع الثمن الذي قرره اتفاقية الأمم المتحدة يمثل تطبيقاً واضحاً لمبدأ تقابل التزامات البائع والمشتري في البيع الدولي، حيث تعطي الاتفاقية الحق للبائع في ربط ميعاد دفع الثمن بميعاد تسليم البضائع، وفي مقابل ذلك تعطي للمشتري الحق في ربط دفع الثمن بالتسليم، وله أيضاً الحق في عدم دفع الثمن إلا بعد الانتهاء من فحص البضائع.

الفقرة الثالثة. حق المشتري في حبس الثمن

تنص المادة ٤٢٥ مدني على أنه:

٢- فإذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً.

٣- ويسرى فى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما إذا كشف المشتري عيباً فى المبيع.

أولاً. حالات الحق فى حبس الثمن

وفقاً لنص المادة ٤٢٥ يكون للمشتري الحق فى حبس الثمن فى ثلاث حالات وهى:

أولاً: إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع، أو آيل من البائع، فيحق للمشتري حبس الثمن إذا وقع من الغير تعرض مما يضمنه البائع، وكان هذا الغير يستند فى تعرضه إلى حق سابق على البيع ولكنه آيل من البائع.

وكذلك يحق للمشتري حبس الثمن من باب أولى إذا كان التعرض صادراً من البائع نفسه، إلا إذا كان المشتري قد اشترى ساقط الخيار، فلا يحق له حبس الثمن، أو إذا كان هناك شرط بعدم الضمان مع ثبوت علم المشتري وقت البيع بسبب التعرض.

ثانياً: إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، فيحق للمشتري أن يحبس الثمن إذا خشى من أن ينزع المبيع من يده سواء بصفة كلية أم جزئياً، فلا يشترط لتوافر الحق فى الحبس للثمن أن تكون الخشية مبنية على أسباب جدية إنما يكفي أن يكون هناك احتمال لنزع المبيع كلياً أو جزئياً من يد المشتري، هذا بعكس ضمان التعرض الذى يشترط فيه إنّه يجب أن يقع التعرض بالفعل، إنما هنا فى حق الحبس يكفي أن يخشى المشتري من نزع المبيع كله أو بعض من يده، كما لو كان البائع قد باع مالاً مملوكاً لغيره، وخشى المشتري من أن يرجع عليه المالك الأصلي باستحقاق المبيع كله أو بعضه حتى ولو لم يرجع عليه بالفعل، لكن هناك احتمال لهذا الرجوع، لكن يجب أن تكون الخشية من نزع المبيع كله أو بعضه مبنية على أسباب جدية وليست مبنية على تصور وهمى فى نفس المشتري.

ثالثاً: إذا كشف المشتري عيباً فى المبيع وكان من العيوب التى تستوجب ضمان البائع، كما هو

مقرر فى ضمان العيوب الخفية، لكن يشترط لحق الحبس فى الأحوال الثلاثة المتقدمة ما يلى:

- ألا يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على عدم أحقية المشتري في حبس الثمن، فالحق في الحبس لا يتعلق بالنظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على حرمان المشتري من حق الحبس.

- كذلك يشترط ألا يكون هناك سبب من شأنه عدم ضمان البائع لاستحقاق المبيع أو للعيوب الخفية فيه، كما لو اشترى المشتري ساقط الخيار.

جدير بالملاحظة أن حق الحبس المنصوص عليه في المادة ٤٢٥ يعد تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ، وحق الحبس وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة ٢٤٧ مدني التي وفقاً لها فإنه في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وبناء على هذا النص فإنه إذا لم ينفذ البائع التزامه بنقل ملكية المبيع وتمكينه من حيازته والانتفاع به انتفاعاً هادئاً دون عوائق أو عيوب فإنه يحق للمشتري أن يتمتع عن تنفيذ التزامه بالوفاء بالثمن وهو المقابل لالتزام البائع بنقل الملكية أي أن يحبسه حتى ينفذ البائع التزامه.

ولكن المشرع لم يكتف بهذا النص العام ونص على حق المشتري في حبس الثمن في نص خاص هو نص المادة ٤٢٥ مدني على النحو السابق.

ثانياً. انتهاء حق الحبس

وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٤٢٥ مدني فإنه حق الحبس ينتهي ويسقط حق المشتري فيه.

١- إذا زال سبب الحق في الحبس، كما لو انقطع التعرض أو بزوال خطر الاستحقاق، أو حسم النزاع المتعلق بالعيوب.

٢- إذا نزل المشتري عن حق الحبس سواء في عقد البيع أو في اتفاق لاحق، سواء بشكل صريح أو ضمني، فالحق في الحبس لا يتعلق بالنظام العام كما سبق بيانه.

٣- إذا قدم البائع للمشتري كفيلاً يضمن له الوفاء بكافة التعويضات الواجبة إذ ما استحق المبيع، سواء أكانت كفالة شخصية أو كفالة عينية.

الفقرة الثالثة. جزاء عدم الوفاء بالثمن

وفقاً للقواعد العامة فإنَّه إذا لم يوف المشتري بالثمن، فإنَّه يكون أمام البائع المطالبة بالتنفيذ العيني أو فسخ العقد، كما أن له أن يستخدم حقه في حبس المبيع كوسيلة لضمان الوفاء بالثمن، وذلك على النحو التالي:

أولاً. حق البائع في حبس المبيع

تنص المادة ٤٢٧ على أنه:

١- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع.

٢- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشتري لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ مدني.

وتنص المادة ٤٢٨ مدني على أنه: "إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع".

- وعلى ذلك فإن يحق للبائع حبس المبيع إلى حين استيفاء الثمن في حالة ما إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال.

- يحق للبائع أن يحبس المبيع إلى حين استيفاء الثمن حتى لو قدم المشتري رهناً أو كفالة.

- ولا يكون للبائع هذا الحق إذا منح المشتري أجلاً بعد البيع ما لم يسقط حق المشتري في الأجل طبقاً للمادة ٢٧٣ مدني والتي وفقاً لها يسقط حق المدين (المشتري هنا) في الأجل.
- إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون.
- إذا أضعف (المشتري) بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص.
- إذا لم يقدم للدائن (البائع هنا) ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات.

ثانياً. التنفيذ العيني

فوفقاً للقواعد العامة يحق للبائع أن يطلب التنفيذ العيني لالتزام المشتري بدفع الثمن، أي إجباره على الوفاء به، ويكون ذلك بأعذار المشتري، ثم الحجز على أمواله ومنها المبيع ذاته، وبيعها بالمزاد العلني طبقاً لنصوص قانون أصول المحاكمات المدنية، والحصول على الثمن المستحق له من حسيطة هذا البيع، وقد منح المشرع البائع امتيازاً على المبيع يعطيه ميزة التقدم به على سائر دائني المشتري، سواء أكان المبيع عقاراً أم منقولاً، وذلك بمقتضى المادة ١٠٣١ مدني في حالة بيع المنقول.

ثالثاً. فسخ العقد

وفقاً للقواعد العامة فإنه للبائع أن يطلب فسخ البيع في حالة عدم دفع المشتري للثمن، فالمعروف أن الفسخ جزاء يتقرر في حالة إخلال أحد الطرفين في العقود الملزمة للجانبين بالتزامه أثناء تنفيذ العقد، وبالتالي إذا لم يوف المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن يحق للبائع أن يطلب فسخ البيع، ولا يتقرر الفسخ إلا باتفاق الطرفين أو بحكم من القضاء، والقاضي حر في الحكم بالفسخ أو يرفضه فله السلطة التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه، بمعنى آخر الحكم بالفسخ أمر جوازي للقاضي تبعاً لجسامة الإخلال بالالتزام،

كما يجوز للقاضي أن يمنح المشتري أجلاً للوفاء بالثمن إذا اقتضت الظروف ذلك وفقاً للمادة ١/١٥٨ مدني.

هذا إذا كان المبيع عقاراً، أما إذا كان المبيع منقولاً فقد نظم المشرع الفسخ في حالة كون المبيع منقولاً على النحو التالي:

أ. الفسخ في المبيع المنقول

صورة خاصة للفسخ في بيع المنقول حيث تنص المادة ٤٢٩ مدني على أنه:

١- في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى أعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره. الأصل أن الفسخ وفقاً للقواعد العامة لا يتم إلا باتفاق الطرفين أو بحكم من القضاء، وأنه لا يقع بقوة القانون أو بإرادة الدائن وحده إلا إذا اتفق على ذلك في العقد، ولكن المشرع خرج على هذه القواعد العامة في حالة خاصة وردت بنص المادة ٤٢٩ مدني حيث اعتبر أن البيع يعد مفسوخاً لصالح البائع من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى أعذار أو صدور حكم من القضاء، ودون أن يتضمن العقد شرطاً يقضى بوقوع الفسخ بقوة القانون، ويقع الفسخ بقوة القانون لمجرد عدم دفع المشتري للثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك.

ومعنى وقوع الفسخ بقوة القانون أن يرد المنقول للبائع ويكون له عندئذ الحق في أن يبيعه مرة أخرى لحسابه، ولا يعد ذلك من جانب البائع إخلالاً منه بالتزامه، ودون أن يؤثر ذلك على حقه في أن يطالب المشتري الذي لم يدفع الثمن بالتعويض إخلاله بالتزامه وفقاً للقواعد العامة.

ب. أحكام الفسخ في هذه الصورة الخاصة

- كما هو واضح من النص فإن انفساخ البيع على هذا النحو لا يكون إلا باختيار البائع، أي لا يتم إلا إذا اختار البائع ذلك فيكون به ألا يُعد البيع مفسوخاً وأن يطالب المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن على الرغم من تأخره في دفع الثمن.

- يجب أن نكون بصدد بيع المنقول، سلع أو بضائع أو أسهم أو سندات أو نحو ذلك.

- يجب أن يكون البائع والمشتري قد اتفقا على ميعاد التسليم المبيع ودفع الثمن، فلا يسرى هذا الحكم إذا كان البيع غير مؤجل، أي كان حالاً لعدم اتفاق الطرفين على تحديد ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع.

- كذلك لا يطبق هذا الحكم في بيع المنقول إذا حدد ميعاد لدفع الثمن غير الميعاد المحدد لتسليم المبيع، أو حدد ميعاداً لدفع الثمن دون أن يحدد ميعاد لتسليم المبيع، فيكون التسليم واجباً في الحال ودفع الثمن واجباً في الميعاد المحدد.

وترجع الحكمة من هذه الصورة الخاصة للفسخ في بيع المنقول إلى أن المنقولات سريعة التداول ولا تتحمل الإبطاء في التعامل وطول الإجراءات ورفع دعاوى الفسخ، بعكس العقارات التي تتحمل بطبيعتها هذا البطء وطول الإجراءات.

فالمنقولات تتعرض لتقلبات في أسعارها، وبعضها يتعرض للتلف وأخيراً نلاحظ أن حكم المادة

٤٢٩ مدني ليس أمراً وإنما هي قواعد مكملة تسري في حالة عدم الاتفاق على ما يخالفها.

المبحث الثاني. التزام المشتري بتسلم المبيع

يُعد التزام تسليم المبيع الالتزام الأساسي الثاني للمشتري في عقد البيع بعد التزام دفع الثمن، وهو الالتزام الذي يقابل ويكمل التزام البائع بالتسليم من الناحية العملية. ونظرًا لأهمية هذا الالتزام.

تنص المادة ٤٣١ مدني على أنه: "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دوت إبطاء إلا ما يقضيه النقل من زمن".

وتنص المادة ٤٣٢ مدني على أنه: "نفقات تسليم المبيع المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك".

يختلف التسليم عن التسلم فالالتزام بتسليم المبيع يقع على عاتق البائع كما سبق القول، أما الالتزام بتسليم المبيع أو استلامه فهو يقع على عاتق المشتري بنص المادة ٤٣١ والمادة ٤٣٢ مدني.

المطلب الاول. ماهية التزام تسلم البضاعة

ذكرنا سابقاً أن البائع يلتزم في البيع الدولي بتسليم المبيع إلى المشتري ويكون ذلك بوضعها تحت تصرفه وتمكينه بالتصرف فيها والانتفاع بها. فإذا قام البائع بتنفيذ التزام التسليم بالصورة التي سبق ذكرها يكون قد أوفي بتنفيذ التزامه بصورة كاملة، وينشأ تبعاً لذلك التزام على عاتق المشتري بتسلم الشيء المبيع. ويُعد التسلم الذي يقوم به المشتري عملية مكتملة للتسليم.

الذي يقوم به البائع، ذلك أن وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري للانتفاع بها دون عائق يستلزم عملياً أن يقوم المشتري بالاستيلاء فعلاً على الشيء المبيع على نحو يمكنه من الانتفاع بها.

وتسلم الشيء المبيع ليس حقاً للمشتري يمارسه باختياره، وإنما هو التزاماً يجب عليه تنفيذه وفق الصورة المطلوبة، ويتمثل في التصرف الايجابي الذي يقوم به المشتري بإدخال المبيع تحت تصرفه باعتباره إجراء مقابلاً ومكملاً للتسليم ونلاحظ أن القانون المدني لم ينص على التزام المشتري بتسلم المبيع بصورة مستقلة، وإنما ينص عليه بوصفه التزاماً مكملاً ومقابلاً لالتزام البائع بالتسليم الفعلي والحكمي.

وقد جاءت الإشارة أيضاً إلى التزام المشتري بتسلم المبيع في القانون المدني في إطار تحديد القانون لالتزام المشتري بدفع الثمن، حيث قرر في هذا الشأن التزام المشتري بدفع الثمن عند التعاقد وقبل تسليم المبيع أو المطالبة به ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك. ويعني ذلك تقرير القانون لالتزام المشتري بدفع الثمن والتزامه بتسلم المبيع على أن يكون دفع الثمن سابقاً لتسلم المبيع. وبين القانون أيضاً بعض الأحكام الخاصة بمكان تسليم المبيع .

فإذا قبل المشتري الشيء المبيع بأي صورة كانت فيكون قد قام بتنفيذ التزامه بالقبول، وليس له بعد ذلك حق رفض الشيء المبيع أو المطالبة بالتعويض

¹ وينص قانون بيع البضائع الإنجليزي على التزام المشتري بقبول البضائع ودفع الثمن كالتزامين مقابلين لالتزام البائع بتسليم البضائع. ونلاحظ أن القانون الإنجليزي يستخدم عبارة Acceptance وتعني قبول البضائع ويستخدم في مواضع أخرى عبارة Taking delivery وتعني تسلم البضاعة وتجدر الإشارة إلى أن القانون الإنجليزي يورد العبارتين المذكورتين أعلاه لتحديد التزام المشتري تجاه البضاعة المكمل لالتزام البائع بالتسليم دون تمييز واضح يؤدي إلى تشكيل العبارتين لالتزامين مستقلين للمشتري. وبمعنى آخر فإن القانون يتناول التزام المشتري على نحو موحد "Taking delivery والتزامه بتسلمها"، "Acceptance بقبول البضائع يشكل التزام المشتري المقابل والمكمل لالتزام البائع بتسليم البضاعة، غير أن التطبيق العملي يوضح أن هنالك فرقاً بين العبارتين، ذلك أن المشتري قد يفشل عملياً في تسلم البضاعة لفترة ما في حين أنه يكون قد قبلها، أو العكس حيث يكون قد قبل البضائع في الوقت الذي يفشل في تسلمها.

وقد حدد القانون الإنجليزي ثلاث حالات لقبول المشتري للبضائع هي

أولاً: عندما يخطر المشتري البائع بأنه قبل البضائع.

ثانياً: عندما يقوم المشتري بفعل تجاه البضائع بعد تسليمها له بواسطة البائع، ويتعارض هذا الفعل مع ملكية البائع للبضائع.

ثالثاً: عندما يحتفظ المشتري بالبضائع بعد انقضاء مدة محددة معقولة بدون أن يخطر البائع برفضه للبضائع.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه يقرر التزام المشتري بقبول تسلم الشيء المبيع وفي نفس الوقت يقرر حقه في رفضه إذا أخل البائع بالتزاماته الخاصة بالتسليم.

ويكون للمشتري في هذه الحالة رفض الشيء المبيع بإخطار البائع بصورة صريحة ومؤكدة بأنه لا يقبل الشيء المبيع شريطة ألا يصدر من المشتري أي فعل يتضح منه إنَّهُ ينكر ملكية البائع للشيء المبيع، باعتبار أن الفعل الذي يصدر من المشتري ويفهم منه إنكاره لملكية البائع للشيء المبيع يتناقض مع مبدأ رفضه للشيء المبيع، ومثال لذلك عرض المشتري ببيع الشيء المبيع على شخص آخر، حيث لا يجوز للمشتري في هذه الحالة رفض الشيء المبيع لأنه أصدر فعلاً يتضح منه إنكاره لملكية البائع للشيء المبيع.

وفي حالة تنفيذ البائع لالتزاماته بتسليم الشيء المبيع ومطابقتها للعقد فإنَّهُ ليس للمشتري رفض الشيء المبيع، وعليه تنفيذ التزامه بقبول الشيء المبيع بتسلمها فعلاً لعدم صدور مخالفة من البائع تعطي الحق للمشتري في رفض الشيء المبيع.

ومن ناحية أخرى فإن القانون يقرر قاعدة خاصة بتحديد مسؤولية المشتري عن مخالفته لالتزامه بتسلم الشيء المبيع عندما يكون البائع مستعداً وراغباً في تسليمها، حيث يكون المشتري في هذه الحالة مسؤولاً عن أي خسارة تحدث للبائع بسبب إهماله أو رفضه في تسلم البضاعة، ويتحمل كذلك تكاليف التخزين والعناية الخاصة بالشيء المبيع. ولا يحرم البائع وفقاً لهذه القاعدة من حق الفسخ إذا كانت مخالفة المشتري بإهماله أو رفضه تبرر ذلك.

من الضروري التمييز بين تسلم الشيء المبيع وقبولها بغرض تحديد الآثار القانونية الخاصة بتنفيذ المشتري لالتزامه تجاه الشيء المبيع وحقوقه التي تتعلق بها أيضاً. لذلك فإن تسلم البضاعة هو تصرف قانوني إيجابي ظاهر يجب على المشتري القيام به كالتزام مقابل للتسليم. أما القبول فهو نتيجة قانونية

تترتب على التسليم تصدر من المشتري وتكون حجة عليه تأكيداً منه بتنفيذ التزام التسلم بصورة كاملة وعدم رفضه للشيء المباع واقتناعه بمطابقته للعقد. وبرغم هذا التمييز بين العبارتين فيمكن الاكتفاء بعبارة التسلم لتحديد التزام المشتري المقابل والمكمل لالتزام البائع بالتسليم، ولا داعي لاستخدام قبول الشيء المباع وبصفة خاصة في عقد البيع منعاً للخلط وتقادياً للاضطراب اللفظي وتوحيداً للالتزامات المشتري.

وقد اهتمت قواعد الانكوتيرمز واتفاقيتا لاهاي والأمم المتحدة بالتزام تسلم البضاعة في عقد بيع البضائع الدولي باعتباره التزاماً أساسياً من التزامات المشتري، حيث قررت قواعد الانكوتيرمز التزام المشتري بتسليم البضاعة في كافة أنواع البيوع الدولية التي حددتها كالتزام مستقل ومكمل لالتزام البائع بالتسليم

وتضمنت اتفاقية لاهاي التزام المشتري بتسليم البضاعة إلى جانب التزامه بدفع الثمن، حيث قررت في هذا الشأن أن المشتري يلتزم بدفع ثمن البضاعة وتسلمها على النحو الذي يحدده العقد وأحكام الاتفاقية، واستخدمت الاتفاقية عبارة Taking delivery وشرحت الاتفاقية ماهية التزام تسلم البضاعة بأنه التزام المشتري بالقيام بكل عمل ضروري بغرض تمكين البائع من تسليم البضائع، والتزامه بتسليم البضائع فعلاً لا وسحبها من حيازة البائع.

وبنفس النهج قررت اتفاقية الأمم المتحدة المبدأ العام لالتزام المشتري بتسليم البضائع باعتباره التزاماً يلي التزامه بدفع الثمن وبنيت الاتفاقية المذكورة ماهية التزام تسلم البضائع بتحديد عناصر هذا الالتزام بنفس الصورة العامة التي حددتها اتفاقية لاهاي مع الاختلاف في تحديد معيار العمل الإيجابي الذي يقوم عليه تنفيذ الالتزام. وقررت اتفاقية الأمم المتحدة أن تسلم البضاعة يكون بالتزام المشتري بالقيام بكل عمل يتوقع قيامه به في حدود المعقول بغرض تمكين البائع من تنفيذ عملية تسليم البضائع، وأيضاً التزامه

بتسلم البضائع فعاً لا أي سحبها من مكان وجودها لدى البائع إلى مكان خاص به هو أيًا كان ذلك المكان مخزن أو غيره، بشرط أن يكون تحت تصرفه.

إن الفرق بين اتفاقية لاهاي واتفاقية الأمم المتحدة بالنسبة لتحديد ماهية التزام تسلم البضاعة يكمن في تحديد معيار العمل الإيجابي الذي يقوم به المشتري ويؤدي إلى تمكين البائع من إكمال عملية التسليم، حيث تحدد اتفاقية لاهاي العمل الإيجابي بمعيار ما هو ضروري لإتمام التسليم في الوقت الذي تحدده اتفاقية الأمم المتحدة بمعيار المتوقع في حدود المعقول، أي وفقاً لمعيار الشخص العادي.

ويتضح لنا أن التزام المشتري بتسلم البضاعة وفقاً لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة يرتبط بصورة كاملة ومباشرة بالالتزام البائع بالتسليم. وتبعاً لذلك فإن الاتفاقية تقضي بحق المشتري في قبول البضائع وتسلمها أو رفضها في كل حالات إخلال البائع بالتزاماته حتى في حالة إخلاله بالالتزام التسليم والمطابقة على نحو سلبي، مثل تسليمه البضائع قبل الموعد المحدد في العقد، حيث يكون له رفض البضائع في هذه الحالة وعلى البائع إعادتها على نفقته الخاصة وتسليمها في الميعاد المحدد. كذلك للمشتري حق رفض الكمية الزائدة التي يقوم البائع بتسليمها وتسلم الكمية المحددة في العقد فقط، وينحصر خيار المشتري بالرفض في هذه الحالة بالنسبة للكمية الزائدة فقط دون الكمية المتفق عليها والتي يلتزم بتسليمها نخلص من ذلك كله إلى أن التزام تسلم البضاعة يُعد الالتزام المكمل والمقابل للالتزام البائع بالتسليم، واستناداً على ذلك المبدأ يكون المفهوم الشامل والنموذجي للتسلم هو (الالتزام المشتري بالقيام بالأعمال الإيجابية على نحو معقول بغرض تمكين البائع من

وضع البضائع تحت تصرفه للسيطرة عليها والانتفاع بها وإدخال البضائع فعاً لا في حيازته).

المطلب الثاني. مكان وزمان تسلم الشيء المبيع

يلتزم المشتري بتسلم الشيء المبيع في المكان والزمان المحددين. ولأهمية تحديد المكان والزمان

الذين يلتزم المشتري بتسلم الشيء المبيع فيهما

الفقرة الاولى. مكان تسلم الشيء المبيع

ذكرنا سابقاً أن التزام تسلم الشيء المبيع يُعد التزاماً مكملًا لالتزام البائع بالتسليم. وتبعاً لذلك فإن

المشتري يلتزم غالباً بتسلم الشيء المبيع في المكان الذي يلتزم البائع بتسليمها فيه، باعتبار أن التسلم يتم بعد التسليم مباشرة دون تأخير.

وتجدر الإشارة إلى أن أغلب التشريعات الوطنية تحدد مكان التسليم بالمكان الذي يقضي به العقد وهو المكان الذي يلتزم المشتري بالتسلم فيه، فإذا حدد العقد مكاناً للتسلم وجب على المشتري مراعاته وتنفيذ التزامه بالتسلم في ذلك المكان المعين الذي يقرره العقد

وإذا لم يحدد العقد مكاناً للتسلم فإن تحديد المكان يكون وفقاً لما يقضي به العرف. وقد نص القانون المدني على أن مكان تسليم المبيع يكون وفق ما تضمنه العقد، فإذا جاء العقد خالياً من تحديد مكان التسليم يكون تسلم المبيع في محل وجوده وقت العقد. أما إذا استلزم العقد أو العرف إرسال المبيع إلى المشتري فإن التسلم يكون في المكان الذي يتم فيه توصيل المبيع إلى المشتري وهذا الحكم يتناسب مع البيوع الدولية التي يتفق الطرفان فيها أو يستلزم العرف التجاري تسليم الشيء المبيع في موطن المشتري، حيث يكون التسلم أيضاً في موطن المشتري.

ويحدد مكان تسلم الشيء المبيع في عقد بيع البضائع الدولي بالمكان الذي يقضي به العقد.

فإذا اتفق الطرفان على مكان معين فإن المشتري يلتزم بتسلم البضائع في ذلك المكان. أما إذا لم يحدد العقد مكاناً معيناً للتسلم فإن المشتري يلتزم بتسلم البضائع في المكان الذي يلتزم البائع بتسليم البضائع فيه، وهذا ما قضت به اتفاقيتا لاهاي والأمم المتحدة.

وقررت قواعد الانكوتيرمز التزام المشتري بتسلم البضائع في المكان الذي يلتزم البائع بالتسليم فيه. وقد رأينا سابقاً أن القواعد المذكورة حددت مكان التسليم في كل أنواع البيوع الدولية، وتبعاً لذلك حددت مكان التسلم وربطته بالتسليم في كل هذه البيوع وتجدر الإشارة إلى إنّه في حالة خلو العقد من تحديد مكان التسلم وتقرير التزام المشتري بالتسليم في مكان التسليم، فإن كافة الأحكام الخاصة بتحديد مكان التسليم في البيع الدولي تطبق على مكان التسلم.

يلتزم المشتري في البيع الدولي بتسلم البضائع في المكان الذي يحدده العقد، فإذا لم يحدد العقد مكاناً للتسلم يلتزم بالتسليم في مكان تسليم البضائع.

الفقرة الثانية. زمان تسلم الشيء المبيع

يلتزم المشتري بتسلم الشيء المبيع في الزمان الذي يحدده العقد، فإذا اتفق الطرفان على تاريخ محدد فإن المشتري يلتزم بالتسليم فيه وليس قبله أو بعده. ويستوي أن يكون الاتفاق على تاريخ قاطع أو خلال فترة زمنية معينة كأن يقال: بأن يتم التسلم خلال أسبوع، أو شهر، أو غير ذلك حسب طبيعة الشيء المبيع موضوع العقد.

أما إذا لم يحدد العقد زماناً للتسلم فإن التحديد يكون تبعاً لعلاقة التزام التسلم بالتزام التسليم وارتباط كل منهما بالآخر، حيث يكون زمان التسلم هو زمان التسليم وفق ما تقتضيه عملية التسليم، بمعنى أن يكون التسلم فور التسليم مباشرة إلا في حدود ما تتطلبه عملية التسليم من تنفيذ كامل .

يمكن القول إن زمان التسلم في البيع الدولي يكون أولاً وفق الميعاد الذي يحدده العقد. وفي حالة عدم تحديد العقد لزمان معين يكون تحديده وفق زمان التسليم، أي أن المشتري يلتزم بتسلم البضائع في الوقت الذي يقوم فيه البائع بتسليمها له أو عقب ذلك مباشرة حسب ما تقتضيه عملية التسليم وما تستغرقه من وقت مع مراعاة أن يكون التسلم عقب فترة معقولة من التسليم.

كما يمكن القول بالنسبة لالتزام تسلم الشيء المبيع إلى أن هذا الالتزام يُعد الالتزام الثاني للمشتري في البيع الدولي، وهو الالتزام المقابل والمكمل لالتزام البائع بالتسليم. ويقصد به: (التزام المشتري بالقيام بالأعمال الإيجابية على نحو معقول بغرض تمكين البائع من وضع البضائع تحت تصرفه للسيطرة عليها والانتفاع بها وإدخال البضائع فعلاً في حيازته).

وهذا ما نص المشرع السوري في المادة ٤٣١ حيث نصت على إنه إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع، ليس هذا فقط وإنما علاوة على ذلك فإن المشرع قد فرض على المشتري التزاماً بأن ينقل المبيع دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن. كل هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد مكان التسلم.

ويجب أن يتم تنفيذ الالتزام في المكان والزمان المحددين وفقاً لأحكام البيع الدولي، حيث يلتزم المشتري بالتسلم في المكان الذي يحدده العقد، فإذا لم يحدد العقد مكاناً للتسلم يلتزم بالتسلم في مكان

^١ لم يتعرض قانون بيع البضائع الإنجليزي صراحة لتحديد زمان التسلم، إلا أن الفقه الإنجليزي استقر على ربط زمان التسلم بزمان التسليم في حالة عدم وجود اتفاق يحدد زمان التسلم، حيث يكون التزام البائع بتسليم البضائع والتزام المشتري بتسلمها التزامين متزامنين ومتقابلين، ويكون التسلم مكملاً لا للتسليم.

تسليم البضاعة، وبالنسبة للزمان فإن المشتري يلتزم بالتسلم في الوقت الذي يحدده العقد. وفي حالة خلو العقد من تحديد الزمان يكون التسلم وفقاً لزمان التسليم، أي عقب التسليم مباشرة مع مراعاة ما تستلزمه عملية التسليم من وقت.

وتبرز لنا في هذا الصدد علاقة التزام تسلم البضاعة بالجوانب المالية والاقتصادية للبيع الدولي وتأثيره المباشر عليها، ويتضح ذلك من التأثير الإيجابي لتنفيذ هذا الالتزام على اقتصاديات هذا العقد. ومن ناحية أخرى فإن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى إحداث آثار اقتصادية سلبية في البيع، ذلك أن عدم تسلم المشتري للبضائع التي يقوم البائع بتسليمها يؤدي إلى خسائر كبيرة تلحق بطرفي العقد تتمثل في الغرامات التأخيرية ورسوم الميناء وأجرة الأرضيات، وغيرها. وقد يؤدي أحياناً إلى تلف البضائع أو تكبد البائع مصروفات إضافية لازمة لحفظها، ولذلك كان تحديد التزام التسلم في مقابل التسليم بغرض وضع حد نهائي للالتزامات الطرفين، وعدم تسبب تكلفة زائدة أو خسارة لأي منهما.

المطلب الثالث. نفقات تسلم المبيع

وفقاً للمادة ٤٣٢ فإن المشتري هو الذي يتحمل نفقات تسلم المبيع بحسب الأصل، ويدخل في نفقات تسلم المبيع مصاريف نقله من مكان التسلم إلى مكان المشتري، أو ما يعرف بمصاريف المشال أو نقله إلى أي مكان آخر يريده المشتري أما نفقات التسليم فهي تقع على البائع كمصاريف حزم المبيع ونفقات الوزن والمقاس والكيل والعد، ومصاريف إرسال مفاتيح الدار المبيعة أو مفاتيح المكان الموجود به المبيع إلى المشتري والرسوم الجمركية المستحقة على البضائع المبيعة التي يستوردها البائع.

أما نفقات التسلم فهي تقع على المشتري تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضى بأن الوفاء على المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك وفقاً للمادة ٣٤٦ مدني، ومع ذلك فقد نص المشرع على تحمل المشتري لنفقات تسلم المبيع بنص خاص في المادة ٤٣٢ مدني. لكن النص على تحمل المشتري

لنفقات التسلم لا يتعلق بالنظام العام، فهو نص مكمل وليس أمر، وبالتالي لتسرى هذه الأحكام في حالة عدم وجود اتفاق أو عرف بخلاف ذلك.

المطلب الرابع. الجزاء على عدم تسلم المشتري للمبيع:

إذا لم يتسلم المشتري المبيع رقم وضعه تحت تصرفه من قبل البائع وإعلامه بذلك فإنه يعد مخالفاً بالتزامه بالتسليم للمبيع وقد رتب المشرع على ذلك جزاء يتمثل في:

انتقال تبعة هلاك المبيع على عاتق المشتري طالماً حل وقت التسليم وأعذر البائع بضرورة استلامه ولم يتسلمه رغم ذلك.

كذلك يكون للبائع وفقاً للقواعد العامة أن يطلب التنفيذ العيني وله أن يطلب فسخ العقد.

الفقرة الأولى. التنفيذ العيني

فللبائع أن يطالب المشتري بالتنفيذ العيني، أي بأن يتسلم المبيع وفقاً لما رسمه القانون، كذلك يكون للبائع أن يطلب وضع المبيع تحت الحراسة (إذا كان المبيع عقاراً أو شيئاً معدداً للبقاء حيث وجد) وفقاً للمادة ٣٣٤ مدني، إذا كان المبيع معيناً بالذات وكان الواجب أن يسلم في مكان وجوده جاز للمدين (أي البائع) بعد أن ينذر الدائن بتسلمه (المشتري) أي بعد أعذاره أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه. فإذا كان هذا الشيء عقاراً أم شيئاً معدداً للبقاء حيث وجد جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة.

كذلك إذا كان المبيع من الأشياء التي تتلف بسرعة أو تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها أن يبيعها بالمزاد العلني بعد استئذان القضاء وأن يودع الثمن في خزانة المحكمة.

ويأتي هذا تطبيقاً لنص المادة ٣٣٥ مدني التي تقضى بأنه " يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع إليها التلف، أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها وأن يودع الثمن خزانة المحكمة. لكن لا يجوز بيع تلك الأشياء بالمزاد العلني في بعض الحالات وذلك إذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق أو إذا كان التعامل فيه متداولاً في البورصات فيجب أن يباع بالممارسة بالسعر المعروف وليس بالمزاد، لكن إذا تعذر بيعها بالممارسة فإنها تباع بطريقة المزاد العلني وذلك وفقاً لما تقضى به المادة ٣٣٥ مدني.

الفقرة الثانية. المطالبة بالفسخ

يكون للبائع أن يطلب من القاضي الحكم بفسخ البيع إذا لم يتسلم المشتري المبيع وإن كان هذا الجزاء نادر الحدوث لأن عدم تسلم المبيع لا يصيب البائع بضرر كبير أو جسيم.

المبحث الثالث. التزام المشتري بنفقات

ومصروفات العقد

تنص المادة ٤٣٠ مدني على أنه:

" نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة، والتسجيل وغير ذلك من تلك المصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك".

معنى ذلك أن المشرع قد حمل المشتري مصروفات نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل، فيدخل في نفقات العقد نفقات تحرير العقد كأتعاب الحامي، سواء كتب العقد في ورقة عرفية أو ورقة رسمية فيتحمل المشتري الدمغة ورسوم الورقة الرسمية ورسوم الكشف على العقار المبيع في السجل العقاري، وكذلك رسوم التصديق على التوقيعات ورسوم التسجيل للعقد التي تفرضها القوانين والقرارات الصادرة بشأن الرسوم القضائية، ورسوم التوثيق في المواد المدنية، ومصاريف تطهير الرهون المقيدة على العقار لا تُعد من نفقات العقد ولذلك لا يتحملها المشتري وإنما يتحملها البائع ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

أما مصاريف السماسرة فقد جرى العرف على أنها تكون مناصفة بين البائع والمشتري ولكن هذا لا يمنع من الاتفاق على خلاف ذلك.

وتُعد الأحكام الخاصة بتحمل المشتري لنفقات ومصاريف عقد البيع أحكاماً مكملية، فهذه الأحكام تسري ما لم يوجد اتفاق يقضى بخلاف ذلك أو عرف يقضى بخلاف ذلك.

فمثلاً قد يتم الاتفاق على تحمل البائع بعض هذه المصروفات أو كلها.

المراجع

المراجع العامة.

- أنور سلطان: العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، د. ط. سورية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥ م. ص ١٩.
- جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية البيع والإيجار والمقايضة، ط ٢. الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٧ م. ص ١
- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، ط ٢، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية. ١٩٩٨ م. ص ٢٣.
- سعيد مبارك - طة الملا حويش - صاحب الفتاوى: الوجيز في العقود المسماة، دار النهضة العربية ٢٠١٦، ص ١٢-٢٠.
- عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ١٩٦٢ الجزء الأول، ص ٢٠٥.
- محمد حسنين: عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة ٢٠٠٥، بن عكنون الجزائر، ص. ٤٥ - ٦٠.
- جاك يوسف الحكيم، العقود المسماة والشائعة، جامعة دمشق، ص. ١٦١.
- قانون (SRU التضامن والتجديد المدني)، ١٣/١٢/٢٠٠٠ ➔ بعض القواعد الخاصة بالوعد بالشراء الملزم لجانب واحد فيما يتعلق بالعقار للاستخدام السكني المكتسب من قبل غير المحترفين.
- محمد حسن قاسم: القانون المدني، العقود المسماة: البيع - التأمين (الضمان) - الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨، ص. ١١٠.
- أحمد محمد الرفاعي: القانون المدني (العقود المدنية البيع والإيجار)، دار النهضة ٢٠٢٠، مصر، ص ١٣-١٧.
- توفيق حسن فرج: عقد البيع والمقايضة، ١٩٦٩، فقرة ١٢٨، ص ٢١٣، جمال الدين زكي: رسالته عن حسن النية في اكتساب الحقوق، رقم ٣٣٤، ص ٣٤٠.
- عبد الفتاح عبد الباقي: محاضرات في العقود، الجزء الثاني في البيع، ١٩٥٦، فقرة رقم ١٠٥، ص ١٦٩.
- محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية ١٩٨١، رقم ٨١، ص ١١٥.
- محمد علي عمران: الوجيز في عقد البيع، مكتبة سعيد رأفت، ١٩٨٣ / رقم ٨٣، ص ١٨٥.
- سمير تناغو: عقد البيع، منشأة المعارف بالإسكندرية، رقم ٤٦، ص ٢.
- السنهوري: الوسيط، ج ٤، عقد البيع والمقايضة، ط ٨٦، رقم ٢٩٤، ص ٧١٣.
- أنور طلبة: عقد البيع في ضوء قضاء النقض، توزيع دار الفكر العربي، القاهرة، ص ١٥٧.
- معوض عبد التواب: مدونة القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، طبعة ١٩٨٧. ص ١٤٩.

الاحكام القضائية العربية

- نقض مدني عام ١٩٤٦، مجموعة القواعد القانونية، ج. ٥، رقم ١١٢ / ١١ / ٤
- نقض مدني ١٢ / ٢٤، مجموعة أحكام النقض، ٥٧، ٣٢٩، ٢٤
- قالت محكمة النقض أن السابق واللاحق في التسجيل يتعين حتما - إن تما في يوم واحد بأسبوعية رقم التسجيل في دفتر الشهر نقض ١ / ٣ / ١٩٧٦، الموسوعة الذهبية، رقم ١١٢٧، ص ٥.
- نقض مدني ١٥ / ٥ / ١٩٥٨، الموسوعة الذهبية، رقم ١١١٩، ص ٥٨٨.
- الطعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩١ / ٣ / ٢٧ / ٥٢ ص ١٤٢ قاعدة ٨٢٣ ١٣١
- الطعن ٤٤٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤ / ٤ / ٣٠ ص ١٥ ٦٢٦
- الطعن رقم ١٥٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩ / ٤ / ١ ص ٢٠ ٥٦١
- نقض ١٩٦٣ / ١٠ / ٢٤ في الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٢٨ ق مجموعة المكتب الفني س ١٤ ص ٩٨١
- نقض مدني ١٣ نيسان ١٩٨٨ طعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ قضائية.
- الرأي العارض يتمثل في رأي الأستاذ عبد السلام ذهني في كتابه، الأموال جزء ٢ فقرة رقم ٦٢٧ ومقاله في مجلة المحاماة ٦ ص ٦٠٧، ٦٠٦، ورأي الأستاذ. الدكتور السنهوري: الوسيط، عقد البيع، ج ٤، رقم ٢٨٣، ص ٦٦٧ وما بعدها.
- الطعن رقم ٥٣٠ عام ١٩٩٣، مجلة المحامون رقم ١٠ لعام ١٩٩٤، جلسة ١٣ / ٤ / ١٩٩٣.
- الطعن رقم ١٩٢٨ عام ١٩٩٣، مجلة المحامون رقم ١١ لعام ١٩٩٤، جلسة ٢٩ / ٦ / ١٩٩٣.
- نقض رقم ١٢ / ١٢ / ١٩٧٦، الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٤٣ ق، س ٢٧، ص ١٨٠١ / ١٢.
- الطعن رقم ١٦٨٨ لسنة ٧٥ ق. جلسة ١ / ٦ / ١٩٨٩، ج ١، ص ٢٣٥ وما بعدها، الطعن رقم ٧٨١ لسنة ٥٨ ق.
- نقض ١١ / ٤ / ١٩٨٩، الطعن رقم ١٤٢٤ لسنة ٥٤ ق.
- نقض ١٣ / ٦ / ١٩٥٧، مجموعة أحكام النقض المدني ٥٧٦، ٦٤، ٧.
- نقض ١٥ / ٥ / ١٩٩٥، مجموعة أحكام النقض المدني ١٥٤، ٥٩، ٩.
- نقض سوري ٢٣، ١ / ٢ / ١٩٣٩، مجموعة عمر، ج ٢، رقم ١٦٧، ص ٥١٢.
- نقض مدني ٨ أب ١٩٣٢ مجموعة عمر، رقم ٨١ ص ١٥٢.
- نقض سوري ١٢ / ١ / ١٩٥٩، مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ق، ص ٦٥٩.
- نقض ٢٠ / ٢ / ١٩٨٠، طعن رقم ٩٧٢ لسنة ٤٥ قضائية، غير منشور.
- نقض ٥ / ٤ / ١٩٧٧، مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ٩٠٩.
- نقض سوري ٢٤ / ١ / ١٩٦٧، مجموعة أحكام النقض س ١٨ ق، رقم ٢٩، ص ١٥٨.
- نقض سوري ١٤ / ١ / ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ رقم ٩٧، ص ٦٠٤.
- نقض مدني ٩ كانون الأول ١٩٤٨، مجموعة عمل ج ٥ رقم ٣٤٩، ص ٦٧٩.
- نقض مدني ١٢ / ١١ / ١٩٥٩، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٠، ص ٦٥٩، حيث رأت أن الاختلاف الطفيف بين العينة والبضاعة لا ينفي المطابقة طالما أن محكمة الموضوع قد انتهت بما لها من سلطة تقدير في هذا الصدد إلى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فارق لا يؤيها لها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة.
- نقض مدني ١ آذار ١٩٥١ مجلة المحاماة ٣١، ١٦٨١، ٤٩٠.
- نقض مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٤ ص ٢٤٠

نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١ ص ٣٠٢.
نقض مدني في مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠ .
نقض مصري ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ - ١٧ ابريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٤

المراجع العامة الأجنبية

H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, Rev. trim. dr. civ. 2016, p. 247.

V.P-Y Gautier, Peut-on avoir confiance dans la réforme ? RDC 2015, p. 666 ; N. Balat, Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? D. 2015, 699.

Malaurie/Aynès/Gautier, n°3 : « *un contrat innommé est un contrat qui ne fait l'objet d'aucune réglementation spéciale légale ; mais il peut avoir en fait un nom* » donné par la pratique. Ex. : contrat de *sponsoring*.

JP constante. En dernier lieu, Com., 1^{er} avril 2003, B. 52 ; RDC 2003, 137, Delebecque. Ce n'est pas toujours le cas : Com., 10 mars 2004, B. 46 : la qualification de contrat de transport l'a emporté car le déménageur ne devait que prendre plusieurs caisses et palettes et les emporter en un autre endroit.

Carbonnier, *Variations sur les petits contrats*, in *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 339 et s.

J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, in J.-E.-M. Portalis. Chroniques de JP de Witz au Dalloz. J.-M. Jacquet, *Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources*, Mlgès Ph. Kahn, Litec, 2000, p. 75.

RCDIP 2006, p. 373, note crit. D. Bureau ; D. 2005, AJ, 2872, Chevrier ; RDC 2006, 515, Deumier ; RTDC 2006, p. 268, Rémy-Corlay ; D. 2007, 533, Witz ; RTDCom. 2006, 249, Delebecque.

Cl. Witz, *L'exclusion de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties*, D. 1990, Chron., 107.

Mélanges Holleaux, Litec, 1990, p. 317, spéc. p. 320-321.

RDC 2006, Débats, p. 597 et s. P. Puig, *Pour un droit commun spécial des contrats*, Mlgès Jacques Foyer, Economica, 2008, p. 825.

F. Terrè: L'influence de la volonté individuelle sur la qualification, N. ٣٥٣ers. citée par G Hestain et Deschè.

G. Lardeux, *Le droit civil hors le Code civil. Les contrats spéciaux*, LPA.

Le doyen Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 47 et s.

G Hestin et Deschè : La vente, précité, No. ١٥. P. ١١.

P. de fontbressin ; De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats, *Rev. Trim. dr. civ.* ١٩٨٦.p. ٦٥٥

J. Calais – Aulay : Droit de la consommation, ٣ ed, précis Dalloz, (٣) ١٩٩٢, No ٢٣٨, P. ٢٣٧.

Aubry et Rou, cours de droit français, T.V. N. 6, Ed. par Poul Esnein, Paris 1947.

Planiol, Ripert et Hamel, *Traité pratique de droit civil français*, A.X avec F. Givard et A. Tunc, Paris 1965.

Collart–Dutilleul, *La durée des promesses*, *RDC* 2004/1, p. 15.

H. Barbier ; *D.* 2014, 630 ; *RDC* 2013/3, p. 1373, M. Latina ; *RDC* 2013/4, p. 1409, J. Le Bourg.

C. Grimaldi, O. Deshayes, *Proposition de modification de l'article 1123 du Code civil : l'action interrogatoire du tiers au pacte de préférence*, *RDC* 2017, p. 170.

M. Béhar–Touchais, *Mélanges Boyer*, 1996, p. 85, qui propose la qualification de droit de retrait.

M. de Fontmichel, *Les nouvelles actions interrogatoires*, *D.* 2016, 1665. E. Jeuland, *Les actions interrogatoires*, *JCP* 2016, 737 : l'auteur insiste sur le fait qu'il s'agit ici d'une notion large d'action. Interroger une personne sans l'intervention du juge n'est certes pas une action au sens de l'article 30 CPC mais a tout de même à voir avec la procédure civile puisque son exercice crée des fins de non-recevoir. **X. Lagarde, *Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires*, *D.* 2017, 715.**

I. Najjar, *La sanction de la promesse de contrat*, *D.* 2016, 848. Pour une critique de l'article du projet qui était identique au texte définitif : M. Fabre–Magnan, *De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente. Dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats*, *D.* 2015, 826.

L. Sautonie–Laguionie, *Proposition de modification des articles 1123 et 1124 du Code civil : supprimer l'antinomie avec l'article 1341–2 du Code civil*, *RDC* 2017, 172.

الاحكام القضائية الأجنبية

Cass. civ., 18 avr. 1860. Lire en ligne :

<https://www.doctrine.fr/d/CASS/1860/DE5983625260382759>.

Civ. 1^{re}, 12 oct. 1967, Bull. Civ. I, no 292, P..219

Civ. 3^{ème}, 9 décembre 1986, B. 177.

Civ. 1^{ère}, 20 février 2008, B. 56 ; D. 2009, 276, L. Saenko ; RDC 2009/2, p. 549,
Bénabent

Civ. 1^{ère}, 20 juillet 1981, B. 267 ; GAJC, n°283 ; RTDC 1982, 427, Rémy ; Def. 1982, p. 1085, Aubert : la promesse de prêt est valable mais ne vaut pas prêt car il manque la tradition (prêt, contrat réel).

Civ. 3^{ème}, 6 avril 2004, inédit ; RDC 2004, p. 969, Collart-Dutilleul : promesse de vente associée à une promesse de bail à la charge du bénéficiaire de la 1^{ère} s'il levait l'option ⇒ l'engagement de louer est susceptible d'exécution forcée.

L. 3 janvier et 7 juillet 1967 intégrées aux art. 1601-1 à 1601-4 + 1642-1, 1646-1 et 1648-2 et L. 31 mai 1978 in Code de la construction et de l'habitation.

Civ. 3^{ème}, 16 mars 1977, Sté Tunzini Entreprise : B. 131 ; JCP 1978, II, 18913, Hassler ;
RTDC 1977, 785, Cornu : vente d'une centrale nucléaire à construire.

Com., 6 janvier 1982, B. 4 ; D. 1982, IR, 528, Audit (vente d'étoffe à imprimer).

Civ. 3^{ème}, 5 février 1985, *aff. des armatures* B. 23 ; D. 1986, 499, Huet ; RTDC 1985, p. 737, Rémy.

Com., 4 juillet 1989, Sté Commercial Union Insurance Ltd : B. 210 ; D. 1990, 246,
Virassamy ; JCP 1990, II, 21515, Dagorne-Labbé ; RDI 1990, 370, Malinvaud et Boubli ;
RTDC 1990, 105, Rémy.

Com., 17 mars 1998, B. 104 ; CCC 1998, n°88, Leveneur : « la fabrication de circuits imprimés ne répondait pas à des caractéristiques définies à l'avance [par l'entreprise] mais portait sur un besoin spécifique destiné à répondre aux besoins particuliers [du client] ».

Civ. 1^{ère}, 14 décembre 1999 : B. 340 (installation de nouveaux moteurs sur un navire).

Civ. 3^{ème}, 18 novembre 2009, n°08-19355, B. 252.

Com., 6 mars 2001, JCP 2001, II, 10564, Labarthe : vente de câbles de télécommunications.

Civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, B. 102 ; RDC 2005, p. 1111, Puig. 3e civ., 7 janvier 2016, n°14-17.033.

Cass. Civ. 22 nov. 1937, D. 1939, I p. 81, note Savatier

Com., 22 novembre 2005, *RTDC* 2006, 302, PYG ; * *RDC* 2006, 383, Brun ; *ibid.*, 1095, Bénabent.

Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2010, n°09-71205 (internet), *RDC* 2011/2, p. 523, M. Mekki.

Civ. 3^{ème}, 29 mai 2013, n°12-17077 ; *RTDC* 2013/3, p. 592.

Civ. 3^{ème}, 20 mai 2015, n°14-11.851 : PSV sous condition de l'obtention d'un certificat d'urbanisme sans terme fixe. Ledit certificat avait été demandé plusieurs années après la conclusion de la vente. Décidé que « la stipulation d'une condition suspensive sans terme fixe ne peut pour autant conférer à l'obligation un caractère perpétuel » tandis que les juges du fond avaient pu souverainement décider, « qu'en l'absence d'indexation du prix et de coefficient de revalorisation, les parties avaient eu la commune intention de fixer un délai raisonnable pour la réalisation de la condition suspensive » : la promesse de vente était caduque.

la Cour de cass° a dû préciser que l'article L. 290-1 était applicable à toutes les promesses, même les PSV : Civ. 3^e, 18 février 2015, n°14-14416, à paraître au *Bulletin* ; *D.* 2015, 988, V. Guillaudier ; *RDC* 2015, 503, J. Le Bourg, Ch. Quézel-Ambrunaz.

Civ. 3^{ème}, 26 mars 2003, B. 71. Sur résistance de la cour de renvoi,

Ass. plén., 24 février 2006 : B. 1 ; *RTDC* 2006, p. 301 ; *RDC* 2006, p. 715, I. Dauriac ; *ibid.*, 689, Y.-M. Laithier ; *D.* 2006, 2057 et 2076 : PUV associée à une transaction comportant des concessions réciproques.

La Cour de cass°, v. Civ. 3^{ème}, 2 juillet 1969, B. 541 ; *D.* 1970, 751, obs. crit. Aubert. L. Boyer, *Clause de substitution et PUV*, *JCP* 1987, I, 3310. Une telle qualification était erronée dans la mesure où la promesse transite par le patrimoine du premier bénéficiaire – qui serait dans cette hyp. le stipulant – ce qui est contraire à la nature même d'une SPA qui fait naître un droit direct dans le patrimoine du bénéficiaire (qui serait ici le substitué). Aussi, d'autres qualifications correspondant à des opérations jds à trois personnes ont été proposées : V. Soubise, *D.* 1994, Chron., 237, qui y voit une délégation ;

Civ. 1^{ère}, 14 décembre 1982, *Sté Acofra*, B. 360 ; *D.* 1983, 416, L. Aynès. Position de la doctrine dominante. Mais la Cour de cassation a ensuite rejeté cette qualification dans le cadre de l'article 1589-2 : Civ. 3^{ème}, 17 avril 1984, B. 87 ; *D.* 1985, 234, Najjar ; *Def.* 1984, p. 1490, Vermelle ; *RTDC* 1985, 177, note crit. Rémy.

Civ. 3^{ème}, 19 mars 1997, B. 68 ; *Def.* 1997, p. 1351, obs. crit. Mazeaud ; *D.* 1997, somm., 341, Brun ; *JCP* 1997, I, 4039, n°14, Billiau.

Civ. 3^{ème}, 13 juillet 1999, B. 180 ; D. 2000, 195, E. Jeuland ; Def. 000, p. 775, obs. crit. Gagneux-Labbé. Explication possible : l'hostilité de la Cour de cass^o pour les nullités fiscales.

Civ. 3^{ème}, 27 avril 1988, *Sté Safranado*, B. 83 ; D. 1989, 65, Najjar ; Def. 1988, p. 1465, Vermelle.

Civ. 3^e, 21 juin 2018, n° 17-18.738, AJDI 2018. 626 ; RTD civ. 2018. 875, obs. H. Barbier

JP constante dps Civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993 : B. 174 ;

JCP 1995, II, 22366, Mazeaud. D. 1994, somm., 230, Paisant ; D. 1995, somm., 88, Aynès ; Def. 1994, p. 795, Delebecque ; RTDC 1994, p. 588, Mestre.

Civ. 3^{ème}, 28 octobre 2003 : RDC 2004, p. 270, Mazeaud. n°08-12237 ; B. 69 ; JCP 07.09.2009, n°213, F. Labarthe.

Civ. 3^{ème}, 25 mars 2009, B. 69 ; RDC 2009/3, p. 995, Y.-M. Laithier ; *ibid.*, p. 1089, S. Pimont ; Def. 2009, p. 1270, Libchaber ; D. 2010, *pan.*, 228, S. A.-M. C'est l'application de la théorie de l'*efficient breach of contract* par la Cour de cassation : *GAJC*, 2008, n°258, § 10.

CE, 2 avril 2015, n°364539, Sté Cap Caraïbes (TD n°1) ; JCP 2015, 447, E. Langelier : au « visa » des articles 1101, 1134 et 1589 (sic) et en faisant cf. à l'article 1142 C. civ. CE opère une confusion entre les textes car, soit le contrat n'est pas formé (art. 1101), soit il a été mal exécuté (art. 1142). Faire cf. à ces deux textes en même temps n'est pas cohérent.

Civ. 3^{ème}, 6 avril 2004, RDC 2004, 969, la cass^o a reconnu que la promesse de bail était susceptible d'exécution forcée : « *A la différence de l'engagement de vendre issu d'une promesse unilatérale de vente (!!!!!), l'engagement de louer est susceptible d'exécution forcée, sous astreinte.* »

Civ. 3^{ème}, 8 septembre 2010, n°09-13345, RDC 2010/4, p. 1179, Mazeaud et Th. Revet (éditorial) ; RDC 2011/1, p. 153, Ph. Brun ; *ibid.*, p. 57, Th. Genicon ; RTDC 2010, p. 778, Fages ; D. 2011, 477, SAM ; Def. 2010, p. 2123, L. Aynès ; JCP 2010, 1051, G. Pillet. Dans le même sens déjà mais dans un arrêt inédit, Civ. 3^{ème}, 6 mai 2008, n°07-11668 ; RDC 2008, p. 1239, Collart Dutilleul.

Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011 (TD n°1), n°10-12875, B. 77 : D. 2011, 1457, Mazeaud ; *ibid.*, 1460, Mainguy ; CCC 2011, n°185, Leveneur ; Def. 2011, p. 1023, L. Aynès ; RTDC 2011, 532, Fages ; RDC 2011/4, p. 1133, YML ; *ibid.*, p. 1259, Ph. Brun ; JCP 2011, 736, Y.

Paclot, E. Moreau. Dans le même sens, pour la première fois, un arrêt de la Chambre commerciale :

Com., 13 sept. 2011, n°10-19.526, inédit. Civ. 3^{ème}, 16 juin 2015, n°14-14758, inédit ; RDC 2015, 832, YML.

Civ. 3^{ème}, 6 septembre 2011, n°10-20362, inédit ; *D.* 2011, 2838, note appr. C. Grimaldi.

Civ. 3^{ème}, 27 mars 2008, n°07-11721, inédit ; *RDC* 2008/3, 734, Mazeaud ; *RDC* 2008/4., 1239, Collard-Dutilleul ; *RDC* 2009/1, 143, Brun ; *JCP* 2008, II, 10147, G. Pillet ; *RTDC* 2008, 475 ; *D.* 2008, 2965, SAM : « *les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente (...)* ». Même si, en l'espèce, la Cour précise que le seul fait de stipuler que l'engagement était ferme et définitif ne suffisait pas à échapper à l'article 1142 C. civ.

Com. 29 oct. 1968. B. civ, n 295, civ I, 20 mars. 1989. B.L n 140.

Malaurie, n°105 ; Antonmattéi/Raynard, n°69, note 233 ; Bénabent, n°104

الفهرس

٢	مقدمة
٧	الباب الأول
٧	ماهية العقد المسمى
٩	الفصل الأول. الإطار القانوني للعقد
١٠	المبحث الأول. تعريف العقود المسماة
١٠	المطلب الأول. تصنيف العقود
١٣	المطلب الثاني. موضوع العقود المسماة
١٧	المطلب الثالث. خصائص قانون العقود المسماة
٢١	المبحث الثاني. تعريف عقد البيع
٢٢	المطلب الأول. البيع في الشريعة الإسلامية
٢٣	المطلب الثاني. تعريف البيع في التشريع المقارن
٢٣	الفقرة الأولى. تعريف عقد البيع في القانون الروماني
٢٤	الفقرة الثانية. تعريف عقد البيع في القانون الفرنسي
٢٩	المطلب الثالث. تعريف عقد البيع في القانون السوري
٣٢	المبحث الثالث. الفرق بين عقد البيع والعقود الأخرى
٣٢	المطلب الأول. الفرق بين عقد البيع والعقود الناقلة للملكية
٣٢	الفقرة الأولى. الفرق بين عقد البيع وعقد الهبة
٣٣	الفقرة الثانية. الفرق بين عقد البيع وعقد المقايضة
٣٤	الفقرة الثالثة. الفرق بين عقد البيع وعقد الوصية
٣٥	الفقرة الرابعة. الفرق بين عقد البيع وعقد الوديعة
٣٧	الفقرة الخامسة. الفرق بين عقد البيع وعقد القرض بفائدة

٣٨	الفقرة السادسة. الفرق بين عقد البيع، والبيع التمويلي والبيع التشغيلي
٤١	المطلب الثاني. الفرق بين عقد البيع والعقود التي ترد على المنفعة
٤١	الفقرة الأولى. الفرق بين عقد البيع وعقد الايجار
٤٤	الفقرة الثانية. الفرق بين عقد البيع وعقد المقاوله
٤٦	الفقرة الثالثة. الفرق بين عقد البيع وعقد الوكالة
٤٧	الفصل الثاني
٤٧	أركان عقد البيع
٤٨	المبحث الأول. الرضا
٤٨	المطلب الأول. تعريف الرضا
٤٩	المطلب الثاني. مراحل الرضا
٥٢	المطلب الثالث. شروط الرضا
٥٨	المطلب الرابع. آثار الرضا
٦٠	المبحث الثاني. المحل في عقد البيع
٦٠	المطلب الأول. أحكام المبيع
٦١	الفقرة الأولى. وجود الشيء المبيع أو قابليته للوجود
٦٤	الفقرة الثانية. إمكانية الشيء المبيع
٦٤	الفقرة الثالثة. مشروعية الشيء المبيع
٦٧	الفقرة الرابعة. تعيين الشيء المبيع
٦٩	الفقرة الخامسة. ملكية البائع للمبيع
٧٠	أ. شروط بيع ملك الغير
٧٢	ب. حكم بيع ملك الغير
٧٦	المطلب الثاني. أحكام الثمن
٧٦	الفقرة الأولى. طبيعة الثمن في عقد البيع
٧٦	الفقرة الثانية. الشروط الواجب توافرها في الثمن
٧٦	أ. يجب أن يكون الثمن نقديا

٧٩	ب. يجب أن يكون الثمن جدياً
٨٠	ت. يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير
٨٠	الفقرة الرابعة. تحديد الثمن في العقد
٨٠	أ. تحديد الثمن اتفاقياً
٨١	ب. تحديد الثمن بسعر السوق
٨٣	ت. التسعيرة الجبرية
٨٥	الفقرة الخامسة: الغبن في بيع عقار تابع لقاصر
٨٥	أ. الغاية من تدخل المشرع في حالة الغبن في بيع عقار القاصر
٨٦	ب. الشروط الخاصة لتحقيق الغبن في بيع عقار القاصر
٩٠	ت. الآثار التي تترتب على تحقق الغبن الفاحش
٩٤	المبحث الثالث. السبب
٩٤	المطلب الأول. تعريف السبب
٩٥	المطلب الثاني. إثبات السبب
٩٥	الفقرة الأولى. السبب غير مذكور في العقد
٩٦	الفقرة الثانية. السبب مذكور في العقد
٩٧	الفصل الثالث
٩٧	أحكام البيوع الخاصة
٩٨	المبحث الأول. الوعد بالبيع والبيوع المشروطة
٩٨	المطلب الأول. الوعد بالبيع
٩٨	الفقرة الأولى. تعريف الوعد بالبيع
١٠٠	الفقرة الثانية. أنواع الوعد
١٠٠	أ. الوعد بالشراء
١٠١	ب. الوعد بالبيع والشراء
١٠٢	الفقرة الثالثة. مضمون الوعد بالبيع
١٠٤

١٠٥.....	الفقرة الرابعة. الآثار التي تترتب على الوعد بالبيع
١٠٥.....	أولاً. قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة
١٠٧.....	ثانياً. بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة
١١٠.....	الفقرة الخامسة. العقود القريبة من الوعد بالبيع
١١٠.....	أولاً. الوعد بالتفضيل
١١٢.....	ثانياً. عقد البيع الابتدائي (البيع مع حق العدول أو البيع بالعربون)
١١٤.....	الفقرة السادسة. التنظيم القانوني للوعد بالبيع في القانون الفرنسي
١٢٣.....	المطلب الثاني. البيع بالعينة <i>Vente par échantillon</i>
١٢٨.....	المطلب الثالث. البيع بشرط التجربة <i>Vente à l'essai</i>
١٢٨.....	الفقرة الأولى. تعريف البيع بشرط التجربة
١٢٩.....	الفقرة الثانية. كيفية إجراء التجربة
١٣١.....	الفقرة الثالثة. طبيعة البيع بشرط التجربة
١٣٣.....	المطلب الرابع. البيع بشرط المذاق <i>Vente à la dégustation</i>
١٣٣.....	الفقرة الأولى. تعريف البيع بشرط المذاق
١٣٤.....	الفقرة الثانية. طبيعة البيع بالمذاق
١٣٥.....	الفقرة الثالثة. الفرق بين بيع المذاق والبيع بشرط التجربة
١٣٨.....	المبحث الثاني. أحكام بيع النائب لنفسه
١٣٨.....	المطلب الأول. التعريف القانوني للبيع بالنيابة
١٣٩.....	المطلب الثاني. تطبيقات بيع النائب لنفسه
١٤٠.....	الفقرة الأولى. حالات يجوز فيها بيع النائب لنفسه
١٤٠.....	الفقرة الثانية. الأشخاص الذين لا يجوز لهم الشراء
١٤١.....	الفقرة الثالثة. البيوع التي يمنع النائب من الشراء فيها لنفسه
١٤٢.....	المطلب الثالث. جزاء المنع
١٤٣.....	الفصل الرابع
١٤٣.....	البيوع المحظورة

١٤٣.....	(بيع المريض مرض الموت - بيع الحقوق المتنازع فيها - بيع الوفاء)
١٤٤.....	المبحث الأول. بيع الوفاء
١٤٤.....	المطلب الأول. تعريف بيع الوفاء
١٤٥.....	المطلب الثاني. الفرق بين عامة البيوع وبيع الوفاء
١٤٧.....	المبحث الثاني. بيع الحقوق المتنازع فيها
١٤٧.....	المطلب الأول. ماهية الحق متنازع فيه
١٤٩.....	المطلب الثاني. الأشخاص الممنوعون من الشراء
١٥٠.....	المطلب الثالث. الحقوق المحظور عليهم شراؤها
١٥١.....	المطلب الرابع. جزاء مخالفة الحظر
١٥٤.....	المطلب الخامس. دعوى استرداد الحق المتنازع فيه
١٥٥.....	الفقرة الأولى. ما يجب على المسترد دفعه للمشتري
١٥٦.....	الفقرة الثانية. الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد
١٥٨.....	الفقرة الثالثة. آثار الاسترداد
١٥٨.....	أ. في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده
١٥٨.....	ب. العلاقة ما بين المشتري والبائع
١٥٩.....	ج. العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع
١٦٠.....	د. آثار الاسترداد على الحق المتنازع فيه
١٦١.....	المبحث الثالث. بيع التركة
١٦٣.....	المطلب الأول. آثار بيع التركة
١٦٣.....	الفقرة الأولى. أثر بيع التركة فيما بين المتعاقدين
١٦٣.....	أولاً. التزامات البائع
١٦٥.....	ثانياً. التزامات المشتري
١٦٦.....	المطلب الثاني. أثر التركة فيما يتعلق بالغير
١٦٩.....	المبحث الرابع. بيع المريض مرض الموت
١٦٩.....	المطلب الأول. تعريف مرض الموت

المطلب الثاني. الشروط الواجب توافرها في مرض الموت.....	١٧١
المطلب الثالث. حكم التصرف في مرض الموت.....	١٧٣
المطلب الرابع. حماية الغير حسن النية في البيع في مرض الموت.....	١٧٧
الباب الثاني.....	١٧٩
آثار عقد البيع.....	١٧٩
الفصل الأول.....	١٨١
التزامات البائع.....	١٨١
المبحث الأول. الالتزام بنقل الملكية.....	١٨٢
المطلب الأول. الإطار القانوني للالتزام بنقل الملكية.....	١٨٢
المطلب الثاني. نقل الملكية بمجرد العقد.....	١٨٤
الفقرة الأولى. نقل الملكية في المنقول.....	١٨٦
أولاً. نقل ملكية المنقول المعين بالذات.....	١٨٦
الفقرة الثانية. نقل ملكية المنقول المعين بالنوع.....	١٨٩
ثالثاً. نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري.....	١٩١
الفقرة الثانية. نقل الملكية في العقار.....	١٩٢
أولاً. أهمية التسجيل في بيع العقار.....	١٩٣
ثانياً. كيفية إجراء التسجيل.....	١٩٤
ثالثاً. نظم نقل الملكية العقاري.....	١٩٥
أ. نظام الشهر الشخصي.....	١٩٥
ب. نظام الشهر العيني.....	١٩٧
رابعاً. موقف المشرع السوري من نظامي الشهر العقاري.....	٢٠٠
خامساً. حكم عقد البيع قبل تسجيله.....	٢٠٣
أ. أثر عقد البيع غير المسجل.....	٢٠٣
ب. أثر تسجيل عقد البيع.....	٢٠٤

المطلب الثالث. التزام البائع بالقيام بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية.....	٢١١
الفقرة الأولى. دعوى تثبيت البيع.....	٢١٢
أولاً. تسجيل دعوى تثبيت البيع في صحيفة العقار.....	٢١٣
ثانياً. خصائص دعوى تثبيت البيع.....	٢١٤
أ. دعوى تثبيت البيع دعوى موضوعية.....	٢١٤
ب. دعوى تثبيت البيع دعوى استحقاق حالاً.....	٢١٥
ثالثاً. نطاق دعوى تثبيت البيع.....	٢١٥
الفقرة الثانية. دعوى صحة التوقيع.....	٢١٧
الفقرة الثالثة. الفرق بين دعوى تثبيت البيع ودعوى صحة التوقيع.....	٢٢٠
المبحث الثاني. الالتزام بالتسليم.....	٢٢٢
المطلب الأول. الإطار القانوني للالتزام بالتسليم.....	٢٢٢
المطلب الثاني. محل التسليم.....	٢٢٥
الفقرة الأولى. المبيع.....	٢٢٥
أ. تسليم المبيع ذاته بالحالة التي كان عليها وقت البيع.....	٢٢٦
ب. تسليم المبيع بمقداره.....	٢٣٢
الفقرة الثانية. ملحقات المبيع.....	٢٤٠
أولاً. معنى الملحقات.....	٢٤٠
ثانياً. ما يخرج عن نطاق الملحقات.....	٢٤١
المطلب الثالث. كيفية التسليم وأحكامه.....	٢٤٥
الفقرة الأولى. طريقة التسليم.....	٢٤٥
أولاً. عناصر التسليم.....	٢٤٦
ثانياً. كيفية التسليم.....	٢٤٩
أ. في حالة بيع العقار.....	٢٤٩
ب. في حالة بيع المنقول.....	٢٥٠
١. التسليم الرمزي والتسليم الفعلي.....	٢٥٠

٢٥٢.....	المنقول المعين بالذات والمنقول المعين بالنوع	٢.
٢٥٣.....	الفقرة الثانية. مكان التسليم وزمانه.	
٢٥٣.....	أولاً. مكان التسليم.	
٢٥٤.....	أ. القاعدة العامة	
٢٥٥.....	ب. الاحكام الخاصة	
٢٥٦.....	ت. تنظيم مكان التسليم في البيوع الدولية	
٢٥٩.....	ثانياً. زمان التسليم	
٢٥٩.....	أ. تنظيم زمن التسليم في القانون السوري	
٢٦١.....	ب. تنظيم زمن التسليم في البيوع الدولية	
٢٦٦.....	الفقرة الثالثة. مصاريف التسليم.	
٢٦٦.....	أولاً. تحمل البائع نفقات التسليم.	
٢٦٧.....	ثانياً. جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم.	
٢٦٧.....	أ. التنفيذ العيني	
٢٦٨.....	ب. فسخ العقد	
٢٦٩.....	ت. التعويض	
٢٧٠.....	ثالثاً. أحكام هلاك المبيع عند التسليم	
٢٧١.....	أ. حكم هلاك المبيع بقوة قاهرة أو حادث فجائي قبل التسليم.	
٢٧٤.....	ب. حكم هلاك المبيع بعد التسليم.	
٢٧٧.....	ت. استثناءات على قاعدة ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم.	
٢٧٨.....	ث. تبعة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم.	
٢٨٠.....	ج. تبعة الهلاك في البيوع الدولية	
٢٨٠.....	١. تبعة الهلاك في اتفاقية لاهاي	
٢٨٢.....	2. تبعة الهلاك في اتفاقية الأمم المتحدة	
٢٨٤.....	الفقرة الرابعة. علاقة الالتزام بالتسليم بدفع الثمن	
٢٨٧.....	أولاً. حق حبس البضاعة <i>The unpaid seller's lien</i>	

٢٨٨.....	ثانياً. حق إيقاف إجراءات نقل الشيء المبيع <i>Stoppage in transit</i>
٢٨٨.....	ثالثاً. حق إعادة بيع الشيء محل العقد: <i>Resale</i>
٢٩٣.....	رابعاً. أهم بنود التسليم في البيوع الدولية.....
٢٩٥.....	أ. البيوع F
٢٩٩.....	ب. البيوع C
٣٠١.....	ت. البيوع D
٣٠٨.....	المبحث الثالث. التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق.....
٣١١.....	المطلب الأول. التعرض الصادر من البائع.....
٣١٢.....	الفقرة الأولى. أعمال التعرض الصادرة من البائع للمشتري.....
٣١٢.....	أولاً. التعرض المادي.....
٣١٢.....	أ. أعمال مادية محضة.....
٣١٤.....	ب. أعمال مادية ناتجة عن تصرفات قانونية.....
٣١٤.....	ثانياً. التعرض القانوني.....
٣١٦.....	أ. وقوع التعرض فعلاً.....
٣١٧.....	ب. أن يؤدي فعل التعرض إلى حرمان المشتري كلياً أو جزئياً من الانتفاع بالمبيع.....
٣١٧.....	الفقرة الثانية. خصائص ضمان التعرض الشخصي.....
٣١٩.....	الفقرة الثالثة. أحكام التعرض الصادر من البائع.....
٣٢٠.....	أولاً. التنفيذ العيني.....
٣٢١.....	ثانياً. الفسخ.....
٣٢١.....	ثالثاً. بطلان الاتفاق على عدم التعرض الشخصي.....
٣٢٢.....	المطلب الثاني. ضمان البائع لتعرض الغير.....
٣٢٢.....	الفقرة الأولى. شروط التعرض الصادر من الغير.....
٣٢٢.....	أولاً. أن يكون التعرض قانونياً.....
٣٢٣.....	ثانياً. أن يحدث التعرض بالفعل.....
٣٢٥.....	ثالثاً. أن يكون سبب التعرض سابقاً على المبيع.....

٣٢٨.....	الفقرة الثانية. أطراف التعرض الصادر من الغير
٣٢٨.....	أولاً. المدين في الالتزام بضمان تعرض الغير
٣٢٨.....	ثانياً. الدائن في الالتزام بضمان تعرض الغير
٣٢٩.....	الفقرة الثالثة. الآثار المترتبة على حدوث تعرض الغير
٣٢٩.....	أولاً. التنفيذ العيني (ضمان التعرض بطريق التدخل)
٣٣٠.....	أ. التزام المشتري بإخطار البائع بالتدخل
٣٣٢.....	ب. أثر تدخل البائع في الدعوى
٣٣٤.....	ثانياً. التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق)
٣٣٤.....	أ. الحالات التي يجوز فيها للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق
٣٣٦.....	ب. الاستحقاق الكلي
٣٤٢.....	ت. الاستحقاق الجزئي
٣٤٤.....	الفقرة الرابعة. الاتفاق على تعديل أحكام ضمان تعرض الغير
٣٤٤.....	أولاً. علاقة الاتفاق حول الضمان بالنظام العام
٣٤٤.....	أ. الاتفاق على زيادة الضمان
٣٤٥.....	ب. الاتفاق على إنقاص الضمان
٣٤٥.....	ثانياً. بطلان شرط إنقاص الضمان إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي
٣٤٦.....	ثالثاً. حكم خاص بحقوق الارتفاق
٣٤٦.....	رابعاً. الاتفاق على إسقاط الضمان
٣٤٦.....	أ. بطلان شرط إسقاط ضمان التعرض الشخصي
٣٤٧.....	ب. بطلان شرط إسقاط ضمان الاستحقاق
٣٤٨.....	خامساً. تقادم ضمان الاستحقاق
٣٤٩.....	الفقرة الخامسة. أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيوع الدولية
٣٥٢.....	المبحث الرابع. ضمان العيوب الخفية
٣٥٧.....	المطلب الأول. شروط ضمان العيب الخفي
٣٥٨.....	الفقرة الأولى. العيب المؤثر
٣٦٢.....	الفقرة الثانية. العيب القديم

٣٦٤.....	الفقرة الثالثة. العيب الخفي.....
٣٦٧.....	الفقرة الرابعة. عدم علم المشتري بالعيب.....
٣٦٩.....	الفقرة الخامسة. يجب أن يكون البيع منشأً للالتزام بالضمان.....
٣٧٠.....	المطلب الثاني. أثر وجود العيب الخفي.....
٣٧١.....	الفقرة الأولى. إجراءات رجوع المشتري بالضمان.....
٣٧١.....	أولاً. إخطار البائع بالعيب.....
٣٧٤.....	ثانياً. دعوى ضمان العيوب الخفية.....
٣٧٧.....	ثالثاً. هلاك المبيع المعيب.....
٣٧٩.....	رابعاً. تقادم دعوى ضمان العيب الخفي.....
٣٨١.....	الفقرة الثانية. الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب الخفي.....
٣٨١.....	أولاً. تعديل أحكام ضمان العيب الخفي باتفاق خاص.....
٣٨٣.....	ثانياً. ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل.....
٣٨٧.....	الفصل الثاني.....
٣٨٧.....	التزامات المشتري.....
٣٩٠.....	المبحث الأول. التزام المشتري بالوفاء بالثمن.....
٣٩٠.....	المطلب الأول. أحكام الوفاء بالثمن - مكانه - زمانه.....
٣٩٠.....	الفقرة الأولى. الثمن.....
٣٩١.....	الفقرة الثانية. دفع فوائد الثمن.....
٣٩٤.....	الفقرة الثالثة. تحمل المشتري لتكاليف المبيع.....
٣٩٥.....	المطلب الثاني. أحكام الوفاء بالثمن.....
٣٩٥.....	الفقرة الأولى. مكان الوفاء بالثمن.....
٣٩٨.....	الفقرة الثانية. زمان الوفاء بالثمن.....
٤٠١.....	الفقرة الثالثة. حق المشتري في حبس الثمن.....
٤٠٢.....	أولاً. حالات الحق في حبس الثمن.....

٤٠٣.....	ثانياً. انتهاء حق الحبس
٤٠٤.....	الفقرة الثالثة. جزاء عدم الوفاء بالثمن.....
٤٠٤.....	أولاً. حق البائع في حبس المبيع.....
٤٠٥.....	ثانياً. التنفيذ العيني.....
٤٠٥.....	ثالثاً. فسخ العقد.....
٤٠٦.....	أ. الفسخ في المبيع المنقول
٤٠٧.....	ب. أحكام الفسخ في هذه الصورة الخاصة
٤٠٨.....	المبحث الثاني. التزام المشتري بتسلم المبيع
٤٠٨.....	المطلب الاول. ماهية التزام تسلم البضاعة.....
٤١٣.....	المطلب الثاني. مكان وزمان تسلم الشيء المبيع.....
٤١٣.....	الفقرة الاولى. مكان تسلم الشيء المبيع
٤١٤.....	الفقرة الثانية. زمان تسلم الشيء المبيع
٤١٦.....	المطلب الثالث. نفقات تسلم المبيع.....
٤١٧.....	المطلب الرابع. الجزاء على عدم تسلم المشتري للمبيع:
٤١٧.....	الفقرة الأولى. التنفيذ العيني
٤١٨.....	الفقرة الثانية. المطالبة بالفسخ
٤١٩.....	المبحث الثالث. التزام المشتري بنفقات ومصروفات العقد.....
٤٢٠.....	المراجع.....
٤٢٨.....	الفهرس.....